

queria q
dos , y
ó po
fan posteriormente
de Arevalo no
. de l pacto anterior,
plei
dilatado

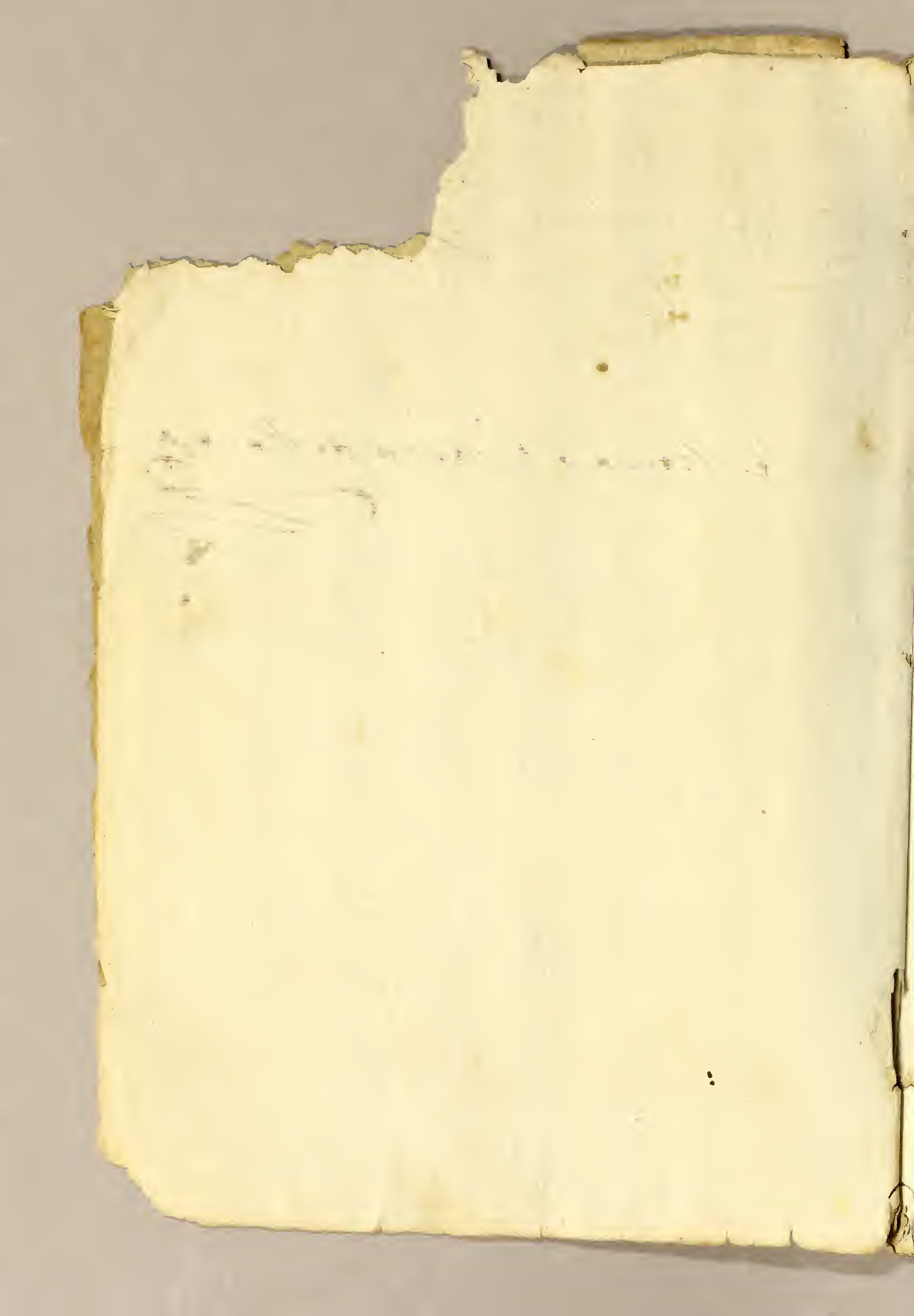
queria q
ados , y
ó po
a fan posteriormente
de Arevalo no
. de l pacto anterior,
plei
dilatado

Preparado para imprimir en un tomo

[illegible] Ramon Ricardo de Rozas

Varios impresos del Rio de la Plata

1795=1835



POR PARTE DE DON FRA[...]O.

Arevalo vecino de la Asuncion [...] posteriormente ponen en la consideracion de V. S[...] de Arevalo no legales que hacen à su favor en la [...] pacto anterior, [...] dilatado Juana Esquivel sobre el derecho à los bienes que han quedado por muerte de Doña Tomasa de Esquivel, para que la justificacion de V. S. se sirva concurrir con su voto à la revocacion de la sentencia de vista, y à que en su conseqüencia se declare, con expreso, y devido pronunciamiento, tocar, y pertenecer dichos bienes en ambos derechos de pocesion, y propiedad al Expresado Arevalo

HECHO.

EN el año pasado de 1778, hallándose viuda sola la citada Doña Tomasa por muerte de su marido D. Marcos Salinas, y con todo el peso de la testamentaría de éste como su Albacea, trató con dicho Arevalo (á quien poco antes habia casado con D. Maria Ursula Idalgo su prima hermana habiendo á ese fin trasladádola desde la Ciudad de Corrientes su Patria) de que se hiciese cargo de todos los asuntos y negocios de la testamentería, del cuidado de la casa, y familia, y de la administracion y manejo de las haciendas de campo, baxo de la promesa de dexarle todos sus bienes para despues de sus dias

En éste concepto empezó desde luego Arevalo á cumplir por su parte con las obligaciones á que se sugetó, de cuyo caval desempeño bien satisfecha D. Tomasa en los dos primeros años, deliveró de consentimiento de aquel (por asegurarle mejor, á su modo de entender, de lo prometido, y evitar qualquiera censura despues de su muerte) el darle su poder para testar, é instituir en él como lo hizo, por universal heredera de todos sus bienes á la citada su prima hermana Doña Maria Ursula Idalgo, considerando de que esto era lo mismo que dexárselos al propio Arevalo, y á sus hijos, que ya los tenia, en cumplimiento de la anterior promesa; y dispuso tambien hacer algunos legados pios que comunicó á sus Albaceas, segun todo aparece de dicho poder otorgado con fecha de 22. de Abril de 1780.

continuó Arevalo los servicios con ma-
...xceptuar fatiga hasta el extremo de em-
...noso viage desde el Paraguay á Charcas,
...diencia el interesante pleito promovido por
...s Salinas, sobre la particion y division de
...ello con riesgo de su vida los obstáculos que
...Gobierno: hizo igualmente diferentes viages
...ital: logró á esfuerzos de un ímprobo trabajo arreglar, ordenar, y presentar las cuentas del ramo de Temporalidades, y que á la testamentaria se le absolviesen de muchos graves cargos importantes mas de 40∂. pesos: agitó, y allanó otros varios negocios, y pleitos tocantes á dicha testamentaría, aumentó, pobló, y mejoró las haciendas de campo, habiendo invertido tambien en todo ello sus propios haberes en la firme inteligencia de que trabajaba en lo suyo; y en fin nada se hacia, que no fuese por mano y direccion de Arevalo, oyendosele repetidas veces decir á D. Tomasa que á él se lo devia todo, y que asi todo era para él.

Pero sucede que habiendo enfermado la subsodicha el año de 1790. en circunstancias de hallarse Arevalo en esta Capital siguiendo el juicio de las expresadas cuentas, procedió á revocar el expresado poder por el instrumento que á ese fin otorgó en un modo oculto, y sigiloso con estrecha prevencion de que no lo supiese Arevalo hasta su tiempo, bien que no por eso hizo Doña Tomasa la menor novedad en la administracion de bienes, y manejo de asuntos de que estaba encargado aquel, sino que le dexò continuar como hasta alli, llevando el peso de todos los negocios, y aun posterior á dicha revocacion le autorizó y facultó de nuevo para que pudiese tranzar, obrar, y disponer en el pleito con los herederos de su finado marido.

Así corrió Arevalo hasta el siguiente año de 91. sin que á Doña Tomasa le hubiese dado el mas leve motivo de quexa en todo el tiempo que llevaba de servicio, y quando esperaba coger el fruto de sus trabajos y fatigas, pues ya á la subsodicha se le miraba por su edad, y achaques cercana á la muerte, se halló con la novedad de haber pasado á una hacienda de Doña Juana Esquivel su hermana, y otorgado alli su Testamento ante un Juez de comision, el qual se vino despues á reformar, y poner fecha en la chacra del campo grande, donde se le trasladó á Doña Tomasa, habiendose llevado á el efecto á un Escribano sin decirle el fin á que era llamado, cuyo acto, en que dicha Doña Juana fue instituida heredera universal, se executó el dia 10. de Abril del precitado año.

En éstas circunstancias no tuvo Arevalo otro arbitrio para reparar su daño que el de presentarse al dia siguiente de aquella fecha judicialmente para que Doña Tomasa absolviese, baxo de juramento, varias posiciones relativas á los servicios prestados por tiempo de trece años, y á la institucion de heredera hecha en remuneracion de ellos á favor de Doña Maria Ursula su muger, cuyas posiciones absolvió llana, y lisamente Doña Tomasa, mas sin embargo procedió el dia 13. del propio mes (persuadida sin duda de los que la dirigian, como se dexa entender) á otorgar un codicilo en que despues de poner varios gravámenes á los legados que le dexaba á Arevalo, y á sus hijos en el Testamento referido añade: que si el subsodicho ó su muger solicitasen hacer oposicion á lo que tenia dispuesto, ó pusiese demanda á sus bienes

nes

nes por qualquier título , desde luego queria q... liese ninguna de aquellas mandas ó legados , y... cargos que saliese haciendo por servicios ó po... presente lo que habia gastado en él y su fam... cuenta de las cantidades suministradas.

O.
posteriormente
de Arevalo no
l pacto anterior,

Fallecida en fin Doña Tomasa el dia 11. de ... las expresadas disposiciones se promovió el plei... Doña Juana sobre la posesion de los bienes , y despues de un dilatado juicio en que al mismo tiempo las partes deduxeron , alegaron , y probaron quanto podia conducir en orden á la propiedad , se declaró por el Teniente letrado del Paraguay , que conocia de la causa , á favor de Arevalo la posesion , de cuya sentencia , habiendo dicho de nulidad Doña Juana , pendiente el artículo , y sin esperar resolucion , introduxo recurso de apelacion en ésta Real Audiencia , y venidos los autos originales en fuerza de la Real provision que se libró , substanciada la causa , se revocó el apelado . y mandó en su conseqüencia se pusiese en posesion de los bienes á dicha Doña Juana reservándosele á Arevalo su derecho para que sobre los servicios que hubiese hecho usase de él como le conviniese.

En éste estado se le habló al Abogado exponente para que se hiciese cargo de la defensa del negocio (á que no pudo negarse por los respetos que mediaron) y conceptuando suplicable la referida sentencia de vista por lo apuntado en el escrito en que se interpuso el recurso de súplica , que en efecto se otorgó llanamente , la instruyó en el término legal , eligiendo aquel camino que le pareció mas seguro , para poner en claro la justicia que desde luego descubrió á favor de Arevalo; y aunque substanciada la instancia , y oida la relacion del proceso no dudó el Abogado del buen exito , con todo , atendiendo á que la causa es de bastante gravedad , asi por su materia , como por los delicados puntos de derecho que en ella se versan , y á que quanto se ha escrito por parte de Arevalo (que no puede negarse ser mucho , y bueno) ha sido sin fixar sistema , pidió , y le fue otorgada competente licencia para escribir y repartir á los Señores Ministros vocales el presente alegato juridico , en que para consultar la brevedad , aprovechando los ratos de preciso desahogo que le permiten sus otras ocupaciones , procurará ceñirse á los términos mas sucintos que la materia dispense , siguiendo á Plinio (1) que decia *brevitatem custodiendam esse confiteor quam causa permitat.* Mas como segun Quintiliano (2) *omnia breviora reddat ordo ratio & modus* : dividirá éste manifiesto , para mayor claridad en los puntos siguientes.

DE-

(1) *Plin. Jun. lib.* 1. *Epist.* 20.
(2) *Quint. Orator. lib.* 12. *cap.* 11.

DERECHO.

PUNTO PRIMERO.

ha por Doña Tomasa Esquivel à D. Francisco Xavier Arevalo de dexarle todos sus bienes para despues de sus dias en remuneracion y pago de los servicios à que èste se sugetò, fue un pacto de suyo lìcito, valido, y justo que produxo obligacion recìproca.

ANte todas cosas será bien exclarecer y comprobar el supuesto, esto es, que hubo promesa, y pacto entre Doña Tomasa, y Arevalo como que de ello depende la verdad de la proposicion. Hecho es constante, como queda asentado, y no se niega, que la viuda en el año de 78. se hallaba en la necesidad urgentisima de valerse de una persona instruida y de la mayor confianza, que se hiciese cargo de todos los negocios de la testamentaría de su marido, y de la administracion de los bienes, que posecia: tambien lo es haberse valido de Arevalo (á quien ya reconocia por su deudo) para el efecto, segun ella misma lo confesó pocos dias antes de su muerte absolviendo la primera y segunda posicion del interrogatorio porque fue examinada, y aunque en aquella añade que Arevalo le insinuó que le serviria sin interes alguno, esto á mas de tenerlo negado el susodicho baxo de juramento á fol. 132. q. 2. no es verisimil, ni aunque fuese cierta la tal insinuacion, importaria otra cosa que un acto de mera política, y en fin basta que Doña Tomasa absolviese llana, y lisamente la 2. posicion.

Pero lo que quita toda duda sobre la certeza de la promesa, y pacto referido, son las atestaciones del Capitan D. Juan Valeriano de Zevallos, D. Blas de Aguero, y los Presbyteros Dr. D. Pedro Regalado Benites, y D. Francisco Amancio Gonzalez. El primero (sugeto de los de mayor confianza de Doña Tomasa con quien consultaba sus negocios, y á quien nombró de Coalbacea en el poder para testar conferido á Arevalo) dice á fol. 33. q. 2. „que no solo le insinuó la susodicha que todos sus bienes eran para el expresado Arevalo, despues de sus dias, y que asi se lo habia prometido, sino que expresamente asi se lo dixo, y trató con el declarante, y que el motivo de haber instituido heredera en dicho poder á Doña Maria Ursula Idalgo, solo fue por cohonestar la dicha determinacion, esto es, para que no digese el pùblico que por odio, ó mala voluntad no hacia acuerdo de su hermana Doña Juana y familia, porque entonces no se comunicaban, ni trataban, pues la primera resolucion, y convenio que hizo Doña Tomasa con Arevalo fue de prometerle dar sus bienes" cuyo Testigo lo tiene reputado Doña Juana Esquivel por de toda excepcion (y lo es en realidad por sus notorias circunstancias) segun se ve de su escrito de fol. 130. á la 4. pregunta.

El segundo Testigo persona de igual confianza de Doña Tomasa absolviendo la 7. pregunta dice á fol. 171. q. 1. „que á Doña Tomasa no le manifestó tener trato celebrado con Arevalo de ser para él to-

„ todos sus bienes , sino que no tenia mas here O.
„ moveria asunto , ni daria paso sin esperar á A
„ ciese todo , supuesto que todo era para él,"
clara igualmente á fol. 19. q. 2. sobre la sexta posteriormente
„ Tomasa le dixo varias veces , que todo lo que te de Arevalo no
Finalmente el quarto Testigo producido por la l pacto anterior,
asevera á fol. 46. b. "que Doña Tomasa le encar
„ á Doña Ursula , que porque la trataba asi sabiendo que todo era pa-
„ ra su marido , y sus hijos , y que tuviese entendido que su marido
„ trabajaba para ellos." De forma que á presencia de unas tan califica-das atestaciones , y de lo que el mismo Arevalo tiene expuesto baxo de la religion del juramento á fol. 132. á pedimento de Doña Juana Esquivel , sin que por parte de ésta se haya hasta ahora contradicho, ni impugnado el pacto celebrado entre aquel y la viuda en los términos que alli significa , debe tenerse por constante , é induvitado , y en ese supuesto se pasa á fundar que fue lícito , justo , y valedero.

Las circunstancias en que se celebró dicho pacto , dan de ello sobrada idea. Doña Tomasa Esquivel se hallaba en el año de 78. como ya queda asentado , oprimida con todo el peso de la testamentaría de su marido : contra ésta se preparaban varios pleitos , y principalmente el de division , y particion de bienes con los herederos del finado : tenia que rendir cuentas de la administracion de Temporalidades que por muchos años habia estado á cargo de aquel : y en fin se miraba muger sola inepta , é incapaz de poder por sí operar en nada , manejar las haciendas de campo , ni dar curso á ninguno de dichos negocios; en una palabra , se hallaba constituida en un estado en que por razon de los referidos pleitos , gravámenes , y responsabilidades á que estaban ligados los bienes que poseia , con nada cierto podia contar de lo suyo propio.

En éste conjunto de críticas circunstancias conociendo dicha Doña Tomasa que no podia prepararsele sugeto mas al propósito , y de su mayor confianza que D. Francisco Xavier Arevalo para salir de conflictos , descargó en él todo el peso que la acongojaba , prometiéndole en pago , y remuneracion de sus servicios dexarle todos sus bienes despues de su muerte ; en lo qual no hizo otra cosa la viuda que asegurar su bien estar por aquel medio , y hacerse de un sirviente y administrador fiel , y legal que pudiese defender , y conservar sus haberes para gozarlos ella , y disfrutarlos por todo el tiempo de su vida : ¿Y quién dirá que un pacto semejante no fue ajustado á las reglas de la razon , y un arbitrio el mas acertado , que pudo escogitar Doña Tomasa para poner á cubierto en el modo posible sus propios intereses? ¿Quién no ve las ventajas que en ello iva á reportar la viuda? ¿ pues como puede dexar de ser lícito , valedero , y conforme á derecho el referido pacto ? Si á qualquiera le es lícito , y permitido disponer de lo suyo , y darlo á quien quiera , como no sea con abuso , en su perjuicio , ó contra el derecho público ; *nihil enim* (dice el Emperador Justiniano) *tam conveniens est—Naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi* (1). ¿Como no podria hacerlo Doña Tomasa quando lo que ofrecia dar no era gratuitamente ó por mera liberalidad , sino por un contrato oneroso mediante el qual lograba al mis-

B mo

(1) §. *per traditionem init. de rer. dev.*

conservar, y usufrutuar durante sus dias lo que
nos bienes litigiosos, de incierto derecho y can-
dacion, y desprendimiento de ellos era para
quando ya no podia gozarlos, y por necesidad

n pacto, aunque de la clase de los inominados
, ó simplemente tal, esto es, de mero plácito,
quales son los que se llaman nudos (1) sino un pacto ó convencion *non nuda* hecha por causa motiva, ó impelente: fue una estipulacion inventada (como dice el Sabio Paulo de Castro) *propter necesitatem & utilitatem* (2): fue en fin un verdadero contrato innominado correspectivo, hecho por causa onerosa que produxo, segun el Jurisconsulto Ulpiano (3) eficaz obligacion recíproca, pues por él quedaron los pascisentes mutuamente obligados, sin arbitrio ni facultad (por una regla constante de derecho) para poder separarse el uno contra la voluntad del otro (4); y si aun los pactos nudos son obligatorios por derecho natural y de gentes *nihil naturali æquitati magis concentaneum est quam stare conventis placita fidemq. servare* (5): Si por esta razon debe ser guardada ésta fé aun á los enemigos, porque, como dice el mismo Ulpiano: *dolum esse & pro solertia haberi si quis contra hostem aliquid machinetur eumq. fallat* (6) y esto aun quando los enemigos sean injustos (7) pues tambien para con estos nos es comun el derecho de gentes (8) ¿qué deberá decirse de nuestro pacto en que se ven concurrir tantas circunstancias para calificarle por el mas obligatorio y justo?

Pero dexando las autoridades de los Romanos, veamos lo que enseña y manda nuestro derecho real. La ley de partida (9) dice así: "la „ promision tiene gran pro á las gentes quando es fecha derechamente „ é con razon, ca aseguran los omes los unos á los otros lo que prome- „ ten, é son tenudos de lo guardar." Por la de Castilla concordante con otras del ordinamiento y del fuero (10) está dispuesto "que parecien- „ do que alguno se quiso obligar á otro por promision, ó por algun „ contrato, ó en otra manera sea tenudo de cumplir aquello que se „ obligó...... que vala la obligacion y contrato que fuese fecho en „ qualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar á otro:" de forma, que en todo pacto ó promesa sea de la clase que fuese, solo debe atenderse para su validacion y cumplimiento la sinceridad, pureza, y buena fé de los contrayentes: con que no puede, ni debe dudarse haber quedado Doña Tomasa Esquivel obligada por todo derecho al cumplimiento de la promesa hecha á Arevalo, sin libertad para separarse ó dexar de cumplirla, mayormente despues que éste empezó por su parte á desempeñar las obligaciones á que se sugetó, pues la cosa dexó de ser íntegra, y se hizo de necesidad lo que al principio fue voluntario (11).

PUN-

(1) *Leg* 1. 2. & 4. *ff. de pact.* (2) *Paul. de Castr. in rub. ff. verv. oblig.*
(3) *Leg. juris gentium ff. de pact.* (4) *Leg.* 5. *cod. de oblig. & act.*
(5) *Leg.* 1. *ff. de pact.* (6) *Ulpian. in leg.* 1. §. 3. *ff. de dolo mal.*
(7) *Leg. hostes ff. de cap. postlim.* (8) *Leg. bona fides ff. de post.*
(9) *Leg.* 1. *tit.* 11. *part.* 5. (10) *Leg.* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Cast. L.* 3. *tit.* 8. *lib.* 3. *ord. L.* 7. *tit.* 5. *lib.* 5. *fuer. Jusg. L.* 1. *tit.* 11. *lib.* 1. *fuer. R.*
(11) *Menoch. lib.* 3. *controv. cap.* 59. *n.* 27. *Fabr. de herror. pram. decad.* 45. *herr.* 9. *Salg. lavyr. cap.* 36. *n.* 42.

PUNTO SEGUNDO.

Por la istitucion de heredera hecha posteriormente en Doña Maria Ursula Idalgo muger de Arevalo no se alterò la substancia y naturaleza del pacto anterior, sino que antes se corroborò, mejorando al mismo tiempò Doña Tomasa de condicion.

COmo Doña Tomasa Esquivel se considerase por una parte obligada en ambos fueros á dexarle á Arevalo en virtud de lo pactado todos sus bienes para despues de sus dias y por otra quisiese no dar lugar á que su hermana y demas parientes formasen de ello la menor quexa creyendo que procedia en odio suyo por la distancia con que los miraba, arbitró el otorgar un poder para testar é instituir en él por heredera á su prima hermana Doña Maria Ursula muger de Arevalo, como un medio que consideró mas honesto, con que al mismo tiempo de congratular la sangre daba cumplimiento á lo prometido, en lo qual no puso reparo el susodicho respecto, á que lo propio era que á él se le dexasen los bienes, ó á su muger por contemplacion suya, mayormente quando, ya se hallaba con hijos; ni tampoco lo puso, en que Doña Tomasa dispusiese tambien libremente en el citado poder de algunos bienes en los legados que comunicó á sus Albaceas, asi porque solo procuraba complacerla, y darle gusto, como porque por el expresado medio creyó mas asegurado su derecho: de forma que el pacto anteriormente celebrado solo vino á recibir una cierta modificacion sin perder nada de su fuerza, y valor; antes por el contrario adquirió mayor firmeza con el instrumento público que sobre ello otorgó la viuda, pues aunque en él no se exprese la causa que movió á hacer la institucion, es constante, y está probado por confesion de la misma viuda, haber sido en premio, y remuneracion de los servicios de Arevalo, que es lo propio que decir: haberla hecho para dar por ese medio cumplimiento á la obligacion á que estaba ligada de dexarle al susodicho todos sus bienes despues de sus dias en justa compensacion y págo de los servicios que ya le estaba prestando, habiendo al propio tiempo mejorado la viuda de condicion, asi por haber puesto en exercicio la facultad de testar de que antes parece se habia privado como por la reservacion que hizo de algunos bienes de tácito consentimiento de Arevalo para invertirlos en legados pios.

No se alteró pues por la referida institucion la naturaleza del pacto ni quedó sugeto á revocacion, aun considerado en la nueva forma modal que se le dió, equiparandose en esto dicha institucion á la que el padre hace por testamento á su hijo legítimo, ó quando por causa onerosa mejora á uno en el tercio y quinto de sus bienes, pues asi como no es en facultad de aquel privar al hijo de la herencia ó legítima que le es debida, y darla á otro, ni revocar la expresada mejora aunque otorgue nuevo testamento, de la propia suerte quedó ligada Doña Tomasa, y sin facultad para alterar ó invalidar la institucion de heredera hecha en Doña Maria Ursula por contemplacion de Arevalo y dexar á otros los bienes en que la verificó.

Y ve aqui consiliada ya sencillamente la dificultad objetada por parte de Doña Juana Esquivel para improbar el pacto é institucion expresada, pues su irrevocabilidad no dexó á Doña Tomasa privada absolutamente (como ha querido arguirse) de la facultad de testar respecto á que ésta no consiste en poder uno disponer por testamento á su arbitrio, y en todo tiempo, de sus bienes dexándolos á quien quiera, sino en poder testar, y declarar su última voluntad sobre lo que quiera que se haga despues de su muerte: así se colige y convence de la difinicion que al Testamento le da Ulpiano: *Testamentum* (dice) *est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri vult* (1). De otra suerte los pobres que no tienen bienes de que disponer, ni los que teniendolos se hallan gravados con deudas, ó hipotecas equivalentes, ó excedentes á su valor, no podrian hacer testamento: tampoco lo podria otorgar el padre que ha instituido á sus hijos por herederos, y mejorado á uno de ellos en tercio y quinto por causa onerosa, respecto á que en ese caso ningunos bienes le quedan de que disponer libremente; pues la legítima les es debida á los hijos, y la mejora no es revocable segun la ley (2). Luego aunque Doña Tomasa Esquivel quedase incapacitada por el pacto, ó institucion referida de poder alterarla, y disponer de todos sus bienes, no por eso quedó privada de la facultad de hacer testamento, y declarar su última voluntad, como no lo queda el padre en el caso referido, pues vemos que puede hacer nuevo testamento y revocar el primero (3); de suerte, que la institucion de nuestro caso solo parece diferenciarse de la que hace el padre á su hijo, en que ésta toma su fuerza de los vínculos de la naturalez (4) *si filius ergo heres*. Y aquella de una convencion recíproca, lícita, valedera, y obligatoria por todo derecho.

Pudo pues Doña Tomasa otorgar su Testamento, y revocar el poder para testar que dió á Arevalo, pero no pudo revocar, ni variar la institucion en él hecha por pacto oneroso en quanto por ella daba cumplimiento á lo prometido; esto es, pudo disponer de aquello que estaba en su arbitrio, y potestad, mas no de lo que no le era facultativo: pudo alterar, y mudar las disposiciones á cerca de su entierro, legados, ó mandas en lo que reservó, y comunicó á sus Albaceas, pero no pudo ni era en su arbitrio dexar á otra persona el resto de sus bienes: pudo en fin declarar libremente su última voluntad, y descargar su conciencia, mas no desatar la obligacion á que estaba ligada por un contrato oneroso correspectivo ultrocitoque obligatorio, celebrado entre vivos en fuerza del qual hizo la institucion; sin que haya hoy la menor repugnancia en hacer testamento aunque no contenga institucion de heredero (5); ni en que el instituido lo sea solo en el nombre, como lo son los herederos fideicomisarios nombrados meramente para que entreguen á otros los bienes á quienes les son debidos, y los de personas destituidas de haberes *quia hereditas etiam sine ullo corpore juris intelectum habet* (6) y fundados en esto dicen los AA. que la herencia mas es cierta representacion de la persona del difunto, que de los bienes (7).

Pe-

(1) *Ulp. in leg.* 1 *ff. de test.* (2) *L.* 1. *y* 6. *tit.* 6. *lib.* 5. *de Cast.*
(3) *L.* 8. *tit.* 1. *Part.* 6. (4) *L.* 17. *eod.* (5) *L.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de Cast.*
(6) *L. hereditas ff. de Pat. hered. Larrea disc.* 66. *n.* 16.
(7) *Gomez in leg.* 3. *Taur. n.* 17, *Cast. lib.* 2. *controv. cap.* 17.

Pero todabia podemos dar mas ensanches al discurso, y decir, que pudo tambien Doña Tomasa revocar la referida institucion de heredera hecha en Doña Maria Ursula como que ella fue segun queda asentado un mero arbitrio que tomó de consentimiento de Arevalo para por ese medio mas honesto dar cumplimiento al pacto celebrado con éste, y remunerarle de esa suerte los servicios que ya dos años antes estaba prestando, mas no por eso pudo disponer libremente de aquellos bienes en que habia de verificarse la herencia, pues estos le eran debidos á Arevalo, no por virtud de la referida institucion, sino en fuerza de la promesa y obligacion irrevocable á que quedó obligada Doña Tomasa (1). Por eso se ha dicho en el curso de la causa, que Arevalo no deriva principalmente, ni funda su derecho á los bienes de que se trata, en aquella institucion, sino en la promesa remuneratoria que le hizo la viuda de dexarselos para despues de sus dias en pago de los servicios á que aquel se obligó, y de que dependia la subsistencia, y conservacion de los tales bienes, y aunque es verdad, que al principio entabló Arevalo su demanda, y la instruyó con el poder para testar en que era instituida su muger, y con la declaracion de Doña Tomasa en que confiesa la habia hecho para remunerarle sus servicios, tambien lo es que despues en todos los demas de sus escritos explicó, y declaró el concepto, esto es, que no la institucion, sino el pacto ajustado con Doña Tomasa era el que le daba un derecho incontestable á los bienes que habian quedado por su fallecimiento, lo qual (ques es lo que puede hacer todo demandante en qualquier estado de la causa (2) es lo que de contrario se llama implicancias y contradicciones habiendo dimanado aquella falta de explicacion, y el no haberse especifica lo dicho primer pacto asi en la demanda, como en el escrito de posiciones que antes se presentó para que las absólviese Doña Tomasa, de la aceleracion con que ambos se formaron, sin tenerse presente por lo pronto otra cosa, que el poder para testar en que se contenia la institucion de heredera en Doña Maria Ursula, como que por entonces solo se trataba del mero juicio posesorio.

Mas volviendo á la objecion apuntada, supongamos, que Doña Tomasa Esquivel quedase efectivamente privada de la facultad de testar, y se pregunta ¿qué repugnancia ó incoveniente habia ó se seguia de ello? ¿Acaso esa facultad dimana de algun derecho inviolable ó es establecida (como algunos han pensado) por el natural ó de gentes? no por cierto: ella es un mero beneficio de la ley humana positiva, y como tal puede renunciarse: así nos lo enseña y persuade con solidisimas razones (sacando á muchos de su herror) el mas clásico de quantos AA. extrangeros se conocen, el nunca bien alabado Eminentisimo Cardenal de Luca en su obra maestra del teatro de la verdad, y la justicia, expresando en varios de sus discursos ser una evidente equivocacion, y leguleya simplicidad decir que la facultad de testar es de derecho natural ó de gentes, (3): *adhuc evidens æquivocum est hac leguleica simplicitas dicere quod ista facultas sit jure naturæ vel gentium, cum verius proveniat á mera benigni-*

C ta-

(1) *Cast. controv. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 41. 42. *y* 43. (2) *Evia Bolañ. en su cur. Philip. p.* 1. §. 11. *n.* 19. & §. 18. *n.* 7. *Font. des.* 128. *Cancer.* 3. *p. var. cap.* 10. *á n.* 29. *Leon. des.* 42. *y* 198.

(3) *Luca lib.* 10. *de fideic. disc.* 141. *á n.* 36. *y* 213. *n.* 17. *vers. altera ratio lib.* 9. *p.* 1. *de testam. disc.* 72. *n.* 12. *lib.* 11. *p.* 3. *de remun. disc.* 16. *n.* 11.

tate juris humani , seu positivi Romanorum. Pues todos saben serle facultativo al Príncipe conmutar las últimas voluntades y aun derogarlas , y prohibir como está prohibida la testamentifaccion á los hijos de familia, á los siervos y á otros ; se sabe tambien que muchos *facto suo* se privan de la facultad de testar , bien sea delinquiendo , ó dandose en servidumbre segun el derecho de los Romanos , ó abrogacion , ó entrando en Religion (1) , ó quando alguno tiene gravados sus bienes con mas deudas de lo que ellos importen : en fin la facultad de testar segun el sentir de los AA. es de *genere permisorum & hi solum possunt testamenta condere quibus nominatim illa potestas per legem data est* (2) : luego bien pudo Doña Tomasa Esquivel privarse de la espresada facultad sin contravenir á ninguna ley , pues lo que ésta establece por benignidad ó mero beneficio lo puede renunciar el que lo recibe (3) : luego aun quando para sostener la irrevocabilidad de nuestro pacto é institucion referida fuese preciso suponer á Doña Tomasa privada absolutamente de la facultad de testar , no por eso se seguiria de ello ningun inconveniente.

Queda pues demostrado que la institucion de heredera en Doña Maria Ursula Idalgo fue solo un medio que dictó la prudencia para dar cumplimiento á la promesa anterior hecha á Arevalo por Doña Tomasa de dexrle todos sus bienes para despues de sus dias porque la sirviese, y sacase de los conflictos en que se hallaba por muerte de su marido cohonestando de ese modo la determinacion , segun asi lo depone uno de los principales Testigos de la prueba á fol. 33. q. 2: que por consiguiente aquella institucion no alteró la naturaleza , y fuerza del pacto inominado recíproco , pues quedó siempre irrevocable : y en fin que Doña Tomasa Esquivel se hizo de mejor condicion , tanto por la parte de bienes que reserbó y distribuyó en varios legados , quanto por el uso que hizo de la facultad de testar de que en cierto modo se habia antes privado , quedando con ella misma para poder disponer á su arbitrio en lo succesivo de dicha parte de bienes , y declarar su última voluntad.

PUNTO TERCERO.

El pacto de que se ha hablado no es ni debe denominarse sucesorio aun considerado segun la nueva forma modal que se le diò en orden à su cumplimiento.

El pacto de futura sucesion segun lo define un Autor tratadista (4) no es otra cosa que una promesa , convencion , ó estipulacion sobre la herencia del hombre viviente , la qual puede ser , ó para sucederse dos mutuamente , ó respecto de uno solo ; es asi que Doña Tomasa Esquivel no pactó con Arevalo ~~ni~~ de uno ni de otro modo : luego á la convencion que celebraron no puede ni debe darsele la denominacion de

(1) *L.* 12. 16. *&* 17. *tit.* 1. *part.* 6. (2) *Osuald. ád Donel. lib.* 6. *cap.* 5. *lit. b. Ant. Fab. in jur. prud. pap. tit.* 8. *ilat.* 4. *Menoch. de suces. creat. lib.* 1. §. 1. *n.* 1. *y* 2. (3) *Luc. de renunt. dicto disc.* 16. *n.* 11.
(4) *Juan Torre de pact. futur. suc. lib.* 1. *cap.* 1. *n* 1.

de pacto sucesorio. Lo que estos pactaron, como se asentó en el hecho y queda probado, fue, el dexarle Doña Tomasa á Arevalo todos sus bienes para despues de su muerte con tal que éste se hiciese cargo de su administracion y conservacion, y de todos los asuntos de la testamentaría de su difunto marido; y si para conocer la naturaleza y clase de los pactos se debe atender á las palabras con que se celebran (1) no habrá alguno que denomine ó calfique al nuestro por sucesorio.

En el pacto sucesorio lo que se promete ó pacta es la herencia ó sucesion hereditaria, y hay una gran diferencia en prometer de ese modo ó por esa via los bienes, y prometerlos por contrato, como advierte y enseña el Cardenal de Luca en las decisiones de la Sagrada Rota alegadas de contrario, diciendo: que si en el pacto se hace mencion de la herencia, ó es prometida *jure successionis* el pacto será en tal caso sucesorio. pero si la promesa es de los bienes para despues de la muerte, entonces mas bien debe llamarse contrato entre vivos que produxo luego al punto obligacion, no obstante que su execucion se suspenda *ad diem mortis* (2), *ibi*: *vel si promissio sit de bonis post mortem, non autem hereditatis, seu successionis, quia tunc dicitur potius contractus inter vivos.*

Con concepto á esto en el caso de las expresadas decisiones 93. y 94 (con que tanto ha cansado los oidos la parte adversa) se tuvo sin duda por pacto sucesorio la promesa hecha por el Cardenal Centino á Bonifacio de hacerlo su heredero universal de la mitad de sus bienes por contemplacion del matrimonio contrahido con Flavia Marcela, y se juzgó el pleito con arreglo á las leyes Romanas que invalídan dichos pactos aunque sean jurados; sin que aquel caso tenga con el nuestro la menor semejanza, pues alli lo que se pactó fue la herencia ó sucesion hereditaria, y no los bienes, como aqui: alli no hubo como en nuestro caso obligacion recíproca, ni la promesa fue correspectiva, porque aunque ella se hizo con consideracion al matrimonio, esto no es decir, que fue por causa de él, sino por obsequio á él, pues se supone que ya estaba ajustado, ó contrahido, ni en el instrumento que se otorgó se leé la expresada correspectibilidad, como asienta el mismo Cardenal de Luca, diciendo: que la promesa fue hecha por mera munificencia ó liberalidad (3) de forma que ha sido tiempo perdido el que se ha gastado en querer adaptar á nuestso caso el de las mencionadas decisiones, quando se está viendo que lo prometido por Doña Tomasa á Arevalo, no fue constituirlo heredero ó sucesor, sino el dexarle sus bienes para despues de sus dias, no por acto de liberalidad ó munificencia, sino obligada de la necesidad, y por propia conveniencia; fue pues, segun se ha esclarecido, un pacto inominado *dabo ut fatias*, ó por mejor decir, un verdadero contrato sin nombre correspectivo, ó de mutua obligacion, muy parecido al que nos refiere el mencionado Luca en el tratado de donaciones, y es el siguiente (4).

Cecilia viuda donó todos sus bienes de no poco valor, á un deudo de su difunto marido baxo la condicion ó pacto de que el donatario se obligase, como lo hizo, á mantener en su casa á la viuda, darle la co-

(1) *Idem Torr. lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 9. *y* 10. *L. siquis de verb. oblig.* (2) *Luc. desis. Rota. lib.* 10. *de fideic. desis.* 93. *á n.* 6, *Torr. loco cit. n.* 11. *y* 12. *Pereg. de fideic. art.* 51. *n.* 25. *Greg. Lop. in L.* 33. *tit.* 11. *part.* 5. *glos.* 1. (3) *Luca ubi sup. vers. minu.* (4) *Luca lib.* 7. *part.* 1. *de donat. disc.* 70.

comida, el vestido, los medicamentos, y todo lo necesario, y tambien costearle el entierro despues de muerta, habiendo obtenido del Senado Mediolanense cierta dispensa que por estilo de aquella region se requeria: despues de algun tiempo la viuda, ó porque deseaba casarse á pretestos de malos tratamientos ó porque en realidad los padeciese, se salió de la casa del donatario, se casó y consiguientemente revocó la donacion.

Consultado sobre el caso el Eminentisimo Luca y hecho cargo de todos los fundamentos que se espusieron para invalidar el contrato respondió: que ninguno de ellos era sólido, que aquella no habia sido propiamente donacion (cuyo nombre se le dió solo por impericia del Notario) sinó un contrato oneroso correspectivo inominado *do ut des vel do ut facias*, ó una especie de compra, y venta *incertæ aleæ*, ó un contrato eventual espuesto tanto al logro como al daño; y en quanto á los malos tratamientos, que solo podria tener lugar la invalidacion del contrato si eran por faltarse á la correspectiva obligacion á que se habia sugetado el donatario.

Aqui tenemos una viuda que conceptuandose sin duda inepta para poder por sì administrar sus bienes, conservarlos, y mantenerse, deliveró darlos todos, y efectivamente los dió á una persona fiel, y legal que miraba en calidad de hijo, con tal que éste la mantuviese de un todo, con su familia y le honrase sus huesos despues de sus dias; y es lo mismo que hizo la de nuestro caso, con la diferencia, que la daccion de los bienes á Arevalo se difirió *usq. ad diem mortis*, y fue mayor el gravamen que se impuso. Tenemos un pacto que comprendió todos los bienes universalmente: un pacto que parecia contrario á las buenas costumbres como impeditivo en cierto modo del matrimonio: un pacto en que para su revococacion no faltaron razones, y con todo se juzgó valido y subsistente.

¿Pues que juicio ó dictamen hubiera dado el Cardenal de Luca si se le hubiese consulta lo nuestro caso? ¿Diria que fue pacto sucesorio el que Arevalo celebró con Doña Tomasa? ¿Lo reputaria por invalido porque la promesa fue de todos los bienes? ¿Lo conceptuaria opuesto á las buenas costumbres, ó de algun modo perjudicial á la viuda? ¿Atribuiria facultad para poderlo alterar sin causa la menor, y alcabó de trece años de haber Arevalo cumplido por su parte exactisimamente con las obligaciones á que se sugetó? Todo lo contrario sentiria, con mas poderosos motivos, aquel Maestro de la jurisprudencia, esto es, que dicho pacto fue un verdadero contrato innominado *dabo ut facias*, oneroso, y correspectivo, de extricta, y rigurosa observancia, como lo sintió en el caso referido de Cesilia, aun concurriendo muchas menos circunstancias que en el nuestro; pues Doña Tomasa no se desprendió de sus bienes, como aquella, sino que quedó en pocesion de ellos disfrutandolos á su arbitrio: no trató de asegurar unicamente sus alimentos, sino principalmente de conservar sus haberes, y libertarlos de las responsabilidades á que los mirababa ligados: no los dió todos, pues reservó una parte considerable que distribuyó en legados, quedando con facultad para testar, y disponer en todo tiempo de esa parte reservada; y en fin no concurrió el mas leve motivo para la revocacion del pacto: luego es forzoso confesar su firmeza, y validacion, y que nada tuvo de sucesorio considerado en su primer estado.

Tampoco se hizo de esa clase por la institucion posterior de herede-

dera que verificó Doña Tomasa en la muger de Arevalo, pues como se ha demostrado, esa institucion solo fue un medio que se eligió y tuvo por mas honesto para dar cumplimiento á la anterior promesa: de modo que no fue pactar la sucesion ó la herencia, sino querer que por esa via tuviese efecto lo pactado, como lo significó Doña Tomasa á su Albacea D. Juan Valeriano de Zevallos, diciéndole „que el motivo de haber instituido heredera en el poder para testar á Doña Maria Ursula „ habia sido solo por cohonestar la determinacion de dexarle á Arevalo „ todos sus bienes." Y asi como el que debe á otro todo quanto poseé por algun contrato legítimo y no quiere que se sepa la deuda, ó que despues de su muerte se executen, ó embarguen sus bienes, puede convenirse con su acreedor, é instituirlo por su universal heredero para que de ese modo honesto se haga pago de su crédito, sin que á tal avenimiento pueda, ni deba darsele la denominacion de pacto sucesorio, de la propia suerte no habiendo Doña Tomasa hecho otra cosa en el poder para testar en que instituyó por heredera á la muger de Arevalo, mal puede llamarse esa institucion pacto de futura sucesion.

En fin (esto debe tenerse por cierto) Doña Tomasa quando procedió á dicha institucion no quiso, ni pensó en otra cosa que en pagarle á Arevalo con sus bienes los servicios á que éste se obligó y que ya estaba prestando dos años antes; éste fue su ánimo, ésta su voluntad manifestada en las conversaciones privadas que tuvo con sus confidentes: pues, á ello solo, y á ninguna otra cosa debe atenderse; en todo acto, en toda disposicion, en todo contrato, la voluntad de los contrayentes, es el alma, es la regla, y es su mejor intérprete (1): á ella, y no á lo escrito, ni á las palabras se ha de estar (2), en cuyos principios fundados los Autores convienen en que *quando apparet contrahentes voluise inire pacta inter vivos valent licet essent concepta per verba denotantia successionem* (3) y dan la razon, *quia verba non atenduntur quando contrariantur menti cui inserviunt* (4): luego aunque aquella institucion de heredera suene segun lo escrito, á sucesion hereditaria, constando como consta que Doña Tomasa no tuvo otro ánimo, ni quiso otra cosa, que cumplir por ese medio la promesa que tenia hecha á Arevalo de dexarle todos sus bienes para despues de sus dias en premio, y remuneracion de sus servicios, no debe tenerse, ni reputarse por pacto sucesorio, pues una cosa es pactar la herencia, tomada en su verdadero significado, sin tenerse consideracion á los bienes, y en quanto ella, es un derecho universal que competia al difunto al tiempo de su muerte (5) ó una sucesion *in universum jus quod defunctus habuit* (6), y otra convenirse en que por medio de la institucion de heredera pasasen á Arevalo los bienes que le estaban prometidos en premio, y remuneracion de sus servicios, que es lo que en la realidad quiso hacer Doña Tomasa; y eata aqui desaparecido ya todo el busilis de la dificultad aun estando á los ápices, y sutilezas del derecho que hoy por nuestras leyes estan

D abo-

(1) *Leg. cum ita de legat 2. Leg. in conditionibus de condit. & de monst.*
(2) *Leg. quoties ff. de hered. inst. L. in insulam de Presc. verb.*
(3) *Tor. ubi supra n. 24. Gabr. cons. 137. n. 24. Cabret. cons. 19. n. 27. Menoch. de presunp. lib. 4. præs. 70. n. 7. font. de pact. part. 4. glos. 9. n. 4. Canser. var. cap. 8. n. 87.*
(4) *Merlin. dess. 172. n. 4. Ostob. des. 14. n. 7.*
(5) *L. bonorum de verb. signif.* (6) *Leg. nihil eod.*

abolidas, y deben mirarse con desprecio, principalmente en los Tribunales superiores donde solo se procede atendida la verdad, y buena fé (1).

PUNTO QUARTO.

Se sostiene la validacion è irrevocabilidad de nuestro pacto aun quando se numere entre los de futura sucesion.

AUnque el derecho Civil reputó por odiosos los pactos sucesorios los hallamos no obstante usados en todos tiempos, en todas edades, y aun en nuestros dias: de ésta verdad tenemos primeramente algunos exemplos en la Sagrada Escriptura, donde se sabe que Esau pactó con su hermano Jacob el venderle, y efectivamente le vendió con juramento por una escudilla de lentejas la primogenitura, esto es, la sucesion en los bienes paternos viviendo aun el padre (2). Que David prometió á Bersabé, y juró de constituir sucesor en el Trono á Salomon su hijo, y lo cumplió haciéndolo ungir por Rey *eo adhuc vivente*; (3) y en fin que Raguel despues de haberle dado á Tobias la mitad de los bienes que poseía le hizo promesa escriturada de dexarle la otra mitad despues de sus dias (4).

La historia profana nos cuenta que Demetrio, y Persea hijos de Alexandro pactaron sobre la herencia antes que éste muriese (5). En la Germania corren los pactos llamados *Fraternitatum* de mutua sucesion entre los Principes, y otras ilustres personas, y alli generalmente los de *unione prolium*. Tambien en Aragon, y varios otros lugares valen y son permitidos los pactos dotales bien sean de toda la herencia ó sobre parte de ella (6). Los militares, y caballeros que entran en batalla pueden pactar sobre sucederse mutuamente, y aun despues que salen de la empresa valen, y subsisten los pactos si permanecen en el mismo propósito (7). Por las leyes del fuero Real vemos tambien permitido entre los casados el pacto de sucesion futura ibi „ si el marido, „ y la muger ficieren hermandad de sus bienes de que fuere el año pa„ sado que casaren en uno non habiendo fijos de consuno, nin de otra „ parte que hayan derecho de heredar vala tal hermandad (8).“

En nuestros tiempos y en la misma Provincia del Paraguay tenemos igualmente varios exemplares de pactos sucesorios que han subsistido válidos y firmes sin que ninguno haya pensado en impugnarlos. El Dr. D. Dionicio Otazú Canónigo de aquella santa Iglesia en consorcio de Doña Josefa, y Doña Teresa Caballero fundaron una capellanía con pacto de que el que sobreviviese de los tres sucediese en todos los derechos de ella: D. Juan Valeriano de Zevallos pactó con su muger ahora diez años por instrumento público el sucederse mutuamente. El Dr. D. Rafael Iriarte Chantre de la misma Iglesia hizo igualmente pac-

(1) *Leg.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de Cast. ley* 22. *tit.* 4. *y* 8. *tit.* 13. *lib.* 2. *de la misma Recop. ley* 11. *tit.* 4. *y* 3. *tit.* 22. *part.* 3. *cap. Judicantes* 3. *quest.* 5.
(2) *Genes. cap.* 25. *in fin.* (3) *Reg. lib.* 3. *cap.* 1. *vers.* 30. (4) *Tob. cap.* 8. *in fin.* (5) *Titolib. lib.* 4. (6) *Gail. obs.* 125. *Vinio de pact. cap.* 19. *n.* 5.
(7) *L. licet. Cod. de pact. ley* 33. *tit.* 11. *p.* 5. (8) *L.* 9. *tit.* 6. *lib.* 3. *del fuero Rl.*

pacto con su hermana Doña Josefa Iriarte ; y habiendo muerto aquel le heredó ésta sin oposicion de nadie : D. Antonio Sanchez del Castillo , y su muger Doña Clara Dávalos no teniendo herederos forzosos otorgaron un Testamento y en él se instituyeron recíprocamente ; cuyos hechos como notorios no necesitan de prueba ; en fin se encuentran muchos graves AA. que sostienen , y defienden con sólidas razones la validacion , y firmeza de los pactos de futura sucesion principalmente quando se celebran entre personas conjuntas , excluyendo solo aquellos en que por sus circunstancias se colige que hubo dolo , fraude, ó engaño.

Pero como sin embargo de todo esto hallemos , que por la ley de partida se invalída el pacto sucesorio , el objeto será demostrar , que aun en el caso de que al nuestro le comprenda la denominacion de tal, no es , ni puede ser de aquellos , de los que habla é invalída la ley, y por consiguiente que debe subsistir firme , y valedero. La citada ley dice así: „ Pleito , ó Promision faciendo dos omes entre sí que qual„ quier de ellos que muriese primero , que el otro que fincase que he„ redase todo lo suyo , tal pleito , ni tal promision decimos que non „ debe valer , porque ninguno de ellos non haya ocasion de se traba„ jar de muerte del otro por razon de heredarle lo suyo ; pero si tal „ pleito , y tal promision ficiesen dos Caballeros entre sí queriendo en„ trar en batalla alguna ; ó en facienda , si alguno de ellos muriese en „ aquel logar , el otro que fincase heredaria lo suyo si non dexase el „ muerto fijos lexitimos ; é si por aventura non muriese ninguno , y „ despues que ende saliesen , se cambiase la voluntad de alguno de ellos „ ó quisiese revocar el pleito , ó la promision bien lo puede facer : mas „ si non la revocase e lo hubiese por firme hasta la muerte de alguno „ de ellos , el otro que fincase heredaria los bienes al muerto , asi como „ sobredicho es.“

Esta ley lo que prohibe ó invalida es solamente el mero pacto de mutua sucesion en que los pacicentes prometen , no parte de la herencia, sino todo lo suyo , y si se ha de entender (como es preciso) estrictamente segun su literal contexto , por razon de ser una disposicion en cierto modo odiosa en quanto por ella se coharta la libre facultad de disponer cada uno de lo suyo del modo que le parezca , no puede ni debe estenderse á otros casos no comprehendidos en ella , segun axioma juridico (1) : de aqui es que solo será invalida la promesa de sucesion , quando ella es de toda la herencia , y el pacto es puro , esto es, sin causa , motivado unicamente de la avaricia , ó codicia de los pacicentes , ó de la mera liberalidad de alguno de ellos , pero quando para la promesa ha habido causa legítima , quando en ella no ha obrado, ni la codicia , ni la mera liberalidad , sino la necesidad y conveniencia del promitente , y en fin quando el pacto no es comprensivo de toda la herencia , entonces no debe dudarse de su firmeza y validacion , y por consiguiente no ser de los prohibidos por la ley.

En el pacto de sucesion puro , que es quando el promitente procede sin utilidad propia , y antes con detrimento suyo , dice el Cardenal de Luca (2) que en la realidad se executa una irracional é inordinada prodigalidad , ó una imprudencia notable , y que por lo mismo se

(1) *Luc. de feud. lib.* 1. *disc.* 68. *n.* 9. (2) *Id. lib.* 10. *de fideic. disc.* 141. *n.* 45.

se entiende no haber sido aquel acto de un juicio perfecto ó de una voluntad libre, sino seducida, ó coacta: *in illo enim puræ donationis quam quis absque propria utilitate sed cum sola jactura fatiat ad favorem alterius, sive etiam in altero simplicis pacti super hereditate promitentis ad favorem promisarii inesse videtur quædam irrationabilis, ac in ordinata prodigalitas seu maxima imprudentia.* Por el contrario enseña el mismo Luca: que quando para la promesa, aunque sea de toda la herencia, interviene justo, prudente y razonable motivo, principalmente si es onerosa y correspectiva la causa, no hay razon alguna probable para que pueda invalidarse la fé dada (1) *ibi*: *verum ubi etiam de tota hereditate sit conventio quæ tamen justum ac prudens & rationabile motivum habeat, fortius vero ubi onerosam & correspectivam potius quam lucrativam redoleant causam.* Y en otra parte dice: *quoniam hujusmodi conventiones non continent liberalitatem ad favorem alterius nec ordinate sunt ad perdendum sed potius principaliter ad lucrandum.* (2).

Con estos y otros sólidos fundamentos sostiene dicho Autor en una de sus observaciones sobre el conflicto de la ley y la razon (3) la validacion del pacto sucesorio que se hace por alguna causa razonable, excluyendo solo aquellos en que faltando justo motivo, obra solo una nimia imprudencia ò simplicidad, sin voluntad séria y deliberada: refuta con inimitable agudeza las razones que generalmente se oponen para impugnar los pactos sucesorios, pues en quanto á la primera de la intestabilidad ò privacion de la facultad de testar, hace ver no dimanar ésta del derecho divino ó natural, ni de algun otro que no pueda derogarse ó renunciarse, sinò de mera benignidad de la ley, y trahe varios exemplos en que puede uno *facto suo proprio* privarse de dicha facultad, refiriendose á lo que dexaba dicho en el discurso precitado, donde forma la siguiente reflexion (4), *ibi*: *& consequenter si potest quis omnia ejus bona alienare, vel obligare, ita de facto se intestabilem reddendo, sive occasione mercaturæ societatem ineundo omnia bona navigationi exponere, cum similibus; ac etiam potest reddere se intestabilem profitendo in Religione, sive dando se in arrogationem ¿quare dici debet quod non possit ex adeo justo ac rationabili motivo ita de bonis suis disponenere?*

Por lo tocante á la segunda razon de que las herencias no por pactos sinó por testamentos deben dexarse, dice ser de menor momento, pues esto solo proviene de cierta sutileza, ó supersticion de las leyes civiles de los Romanos, y no hay razon alguna que prohiba poderse renunciar; á cuyas sutilezas, como ya se ha dicho, nò deben hoy sugetarse los juzgadores sino proceder segun lo que haya de verdad: y en orden á la tercera del *votum captandæ mortis*, asienta deberse tener por fabulosa en el Orbe Católico Christiano, y que si ella fue de alguna consideracion en tiempo del gentilismo de los Romanos, como que carecian de Religion, y no tenian el estímulo de la vida eterna, no debe influir entre los que profesan la Religion Christiana que es toda piedad, y caridad, como no influye para con las donaciones universales, cuya execucion se difiere para despues de la muerte: sucesiones de Reynos, y Principados, de feudos, de fideicomisos, y otras semejantes: para con las gracias, pensiones, dignidades, y beneficios futuros, y en fin para con todas aquellas instituciones nuncupativas hechas

(1) *Id. lib. 15. conf. leg. observac. 63.* (2) *Id. dict. disc. 145. n. 46.*
(3) *id. dict. observ. p. 3.* (4) *id. disc. præcit. n. 44.*

chas en Testamento abierto en que se sabe qual es el heredero nombrado.

Lo mismo nos persuade el doctisimo Arnoldo Vinnio (1) tratando del asunto, pues dice; que si se procede conforme á la razon natural *se posita juris civilis autoritate* hallaremos que tales pactos no son por su naturaleza torpes, ni contra las buenas costumbres en general, sino solo contra las del Pueblo Romano, y asi al intento dixo con gracia el Jurisconsulto Zasio (2) *ea quæ de voto captandæ mortis proferuntur Italis esse relinquenda*; pues una tal siniestra sospecha no es facil tenga lugar en los Pueblos donde se ve tan radicado el Christianismo; y si esto es asi hablando generalmente ¿qué deberá decirse quando el pacto es oneroso y correspectivo, y quando median los vínculos de la sangre, esto es, quando se hace á favor de aquellos que han derecho legítimo, ú onorario de suceder, y quando se versa utilidad del promitente? En estos casos dice Luca debe hacerse la mas benigna interpretacion, pues por sus circunstancias se excluye toda mala sospecha; y asi habiendo sido consultado por uno que habia pactado con su hijo por causa de matrimonio la institucion de un vínculo ó primogenitura de todos sus bienes que se hallasen despues de su muerte, sobre si podria revocarlo, con motivo de haberse disgustado con los consortes, sobstuvo, y fundó solidamente la subsistencia é irrevocabilidad del pacto, por haber sido verdaderamente oneroso, y correspectivo, haciendo al mismo tiempo ver qué aquel pacto no habia sido propiamente sucesorio, esto es, de los que como tales prohibe el derecho, respecto á que la subsistencia de él no era dependiente de la muerte del que instituyó el vínculo, sino que toda su perfeccion y firmeza la adquirió desde el punto en que se celebró dicho pacto oneroso y correspectivo, quedando unicamente diferida su execucion *ad tempus mortis* (3), que es lo propio que sucedió en el nuestro.

Pero no hay necesidad de ocurrir á doctrinas extrangeras, ni á textos del derecho comun, teniendo en nuestras Leyes Reales apoyada la validacion y firmeza del pacto en question, pues por las de Toro y de Castilla se sabe ser válidas, firmes é irrevocables las mejoras de tercio y quinto que por testamento hacen los padres á sus hijos, ó desendientes por causa de matrimonio, ó por qualquiera otra onerosa (4) lo qual no es otra cosa que una promesa ó pacto sucesorio de una parte considerable de la herencia: asi lo entendió el Sabio comentador de dichas leyes de Toro en que despues de referir los textos y doctrinas que reprueban los pactos de sucesion futura, dice: *hodie tamen per nostram legem Tauri 22. aperte deciditur contrarium.....& aperte corrigitur Text. in leg. pactum quod dotali Cod. de pactis cum communi opinione*: y prosigue diciendo: *similiter etiam vult nostra lex Tauri quod si pater vel mater vel ascendens promissit aliquem filium vel filiam vel descendentem meliorare per viam matrimonii vel ex alia causa onerosa, quod tale pactum & promisio valet: & sic aperte vult quod inter filios valeat pactum de succedendo* (5). Despues pasa dicho comentador á hacerse cargo y dar solucion á los argumentos que pueden objetarse, y concluye: que no siendo por derecho divino ni natural la prohibicion del pacto de succedendo, ni la facultad

 de

(1) *Vin. de pact. cap.* 19. *n.* 3. (2) *Zas. cons.* 1. *n.* 38. *lib.* 2. (3) *Luc. lib.* 10. *de fideic. disc.* 213. (4) *L.* 17. *y* 22. *de Toro. L.* 1. *y* 6. *tit.* 6. *lib.* 5. *de Cast.* (5) *Gom. in dict. leg.* 22. *n.* 19. *in fin.*

de testar, sino de derecho de gentes, pudo muy bien la ley positiva disponer otra cosa; y mas dice el citado autor, que aunque fuese reprobado por derecho natural, pudo tambien dicha ley por razon de la justa causa onerosa darle validacion al pacto; porque aunque la ley humana positiva no pueda inmutar la natural, puede por justa, y razonable causa restringirla, modificarla, y limitarla, sobre que cita varios testos, y doctrinas (1).

De forma que en substancia el Gomez viene á concluir: con que es válido y permitido el pacto de succedendo siempre que es hecho por causa onerosa; y es lo mismo que se propuso fundar en éste quarto punto; pero sin necesidad de ocurrir para sobstener el nuestro (aun en el supuesto de ser sucesorio) á la revocacion de las leyes; pues siempre que pueda ser deben concilarse para evitar su correccion (2). No parece pues oponerse lo dispuesto por las precitadas leyes de Toro, y Castilla á las del derecho comun, y de partida que invalídan el pacto de futura sucesion pues estas hablan del pacto puro de suceder que lo motiva ó la avaricia de los pacisentes, si es resíproco, ó la mera prodigalidad, sino lo es, y son propiamente unas promesas captatorias, y por consiguiente reprobadas; mas aquellas solo dan por firme é irrevocable el pacto de sucedendo quando lo motiva alguna justa causa onerosa.

Esta clase de pactos adquieren toda su perfeccion luego que se celebran, y producen *statim* obligacion recíproca, diferida solo su execucion *ad diem mortis*; pero aquellos no pasan de los fines de mero plácito, y toda su substancia la vienen á recibir despues de la muerte del promitente (3); con concepto á esto los reprueba é invalída la ley de partida, segun se colige de la razon en que se funda, qual es, la de no dar ocasion á que ninguno de ellos premedite, ó se trabaje contra la vida del otro, pues como de la muerte dependa el que tenga efecto la sucesion, pudiera la misma codicia, y deseo de entrar en la herencia inducir á procurarla por algun medio, lo que no puede, ni debe recelarse quando el pacto es hecho por causa obligante; porque en ese caso el que espera la herencia está asegurado de su derecho y no tiene motivo para insidir en aquella detestable maquinacion, y por ésta razon vemos correr libremente las rentas ó censos vitalicios, y otros contratos *ad vitam*: los fideicomisos, primogenituras, y sobstituciones, no obstante que para libertarse de las pensiones, y entrar en la sucesion de los bienes se espere la muerte de otros; de forma que cesando, como cesa, en nuestro caso el fundamento y causa de la expresada ley, debe por consiguiente cesar su disposicion (4).

Entre personas conjuntas tampoco tiene lugar aquella siniestra sospecha por lo qual la precitada ley del fuero Real (5) da por válida, y firme la hermandad, ó recíproca sucesion entre marido, y muger no teniendo hijos, componiéndose igualmente muy bien ésta disposicion con la de la ley de partida, sin embargo de que en ambas se trata de pacto sucesorio, pues son diferentes los casos y las circunstancias, y quando la ley habla de un caso puro no comprende el que es qualificado (6) como lo son los que van relacionados: luego aunque supongamos

mos

(1) *Id. Gom. n. 21. §. item etiam loc. cit.* (2) *Tusch. con.* 1036. *Cast. controv. lib.* 5. *p.* 2. *c.* 125. *n.* 7. (3) *Luc. de fideic. disc.* 213. *n.* 13. (4) *L.* 4. §. *toties de damn. infec. Molin. lib.* 1. *de Primog. cap.* 16. *n.* 4. *Cob. de Matrim. cap.* 6. §. 9. *n.* 17. (5) *L.* 9. *tit.* 6. *lib.* 3. *fuer.* (6) *Vermig. cons.* 414. *n.* 8.

mos sucesorio á nuestro pacto, no por eso se ha de tener por inválido, ó reprobado, pues no fue de la clase de los de mero plácito que prohibe el derecho comun y el real de partida, sino hecho por causa onerosa, y por necesidad, y entre personas conjuntas; Con lo qual se satisface á quanto de contrario pueda decirse á cerca de éste punto, sin que sea necesario buscar leyes que lo apoyen, porque es debilidad ó flaqueza de entendimiento *quærere legem ubi ratio naturalis suadet* (1).

Fuera de que no se encontrará tampoco alguna que invalíde un pacto tan circunstanciado como el que con Arevalo celebro Doña Tomasa Esquivel. Ella procedió de su libre y espontanea voluntad: lo hizo porque le convenia, y tenia mucha cuenta: podia disponer á su arbitrio de sus bienes, pues no tenia heredero forzoso: los prometió á Arevalo por el interes de que los administrase, conservase, y redimiese de las responsabilidades á que estaban sugetos, al mismo tiempo que ella quedaba en goce y pocesion de todos hasta su fallecimiento: reservó despues una parte considerable de dichos bienes, y los distribuyó en varios legados de que en todo tiempo le fue lícito el poder disponer y variar su voluntad: Arevalo por su parte cumplió exactisimamente con todos los encargos sin haber faltado en lo menor, y aun invirtió su propia substancia en la conservacion y defensa de los tales bienes, habiendo empleado trece años continuos en solo servir y dar gusto á Doña Tomasa. ¿Y será justo ó conforme á derecho reputar por inválido un semejante pacto, y dexar á ese infeliz cargado de familia al perecer, solo porque se diga haber sido sucesorio con motivo de la institucion de heredero que hizo la susodicha en la muger de Arevalo para remunerarle por ese medio sus servicios, y porque aquella mal aconsejada sin causa, ni motivo procedió á revocarla, y á disponer de otra suerte de sus bienes? ¿No seria esto apoyar, y patrocinar una iniquidad inaudíta, y dar anza para delinquir? ¿Pues como ha de haber ley que tal cosa permita quando sabemos que *deceptis non decipientibus jura subveniunt* (2)? Pero aun quando la hubiera nunca seria lícito seguirla (3) sino que deberia interpretarse benignamente de modo que no infiriese perjuicio, ó diese ocasion á delinquir (4).

La mencionada ley de Partida, las del derecho civil de los Romanos, y los AA. que tratan la materia no impugnan todo pacto sucesorio, pues como se ha hecho ver son válidos, y permitidos los que se hacen por causa onerosa, y entre personas conjuntas segun las leyes de Castilla y del fuero Real que son las que deben regir (estando al orden prescrito) para el juzgamiento de los pleitos, ocurriendose solo en defecto de estas, y las municipales á las de Partida; sin que se diga, que la promesa de mejorar en tercio, y quinto no es propiamente pacto de suceder, porque lo contrario enseñan los Comentadores de aquellas leyes, sentando ser correctorias del derecho civil (5) y para el caso lo mismo es que la sucesion sea de tota vel de quota hereditatis, como advierte el Eminentisimo Luca con aquella su incomparable agudeza hacien-

(1) *Gomez in ley 9. taur. n. 65. Carl. tit. 1. de jud. disp. 5. n. 28. inf.*
(2) *Cap. 3. de rer. perm.* (3) *Cap. fin. extrá de prescrip. Cap. cum infirmitas de penit. Lex 1. ff. si is qui textam. Gom. in leg. 9. taur. n. 16. y en la 80. n. 52. Guiurb. cap. 2. glos. 1. & communit DD.* (4) *Bart. & Salic. in leg. 2. Cod. de noxal. act. lib. 3. cont. c. 3. n. 70. y 71.* (5) *Gom. in precit. leg. 9. Acev. in leg. 6. tit. 6. lib. 5. de Cast. n. 1.*

^ Castill.

ciendose cargo de ésta distincion que ponen los AA. (1) y si se repone que en tal caso y en los demas en que se pacta la herencia por causa onerosa, no se adquieren los bienes *jure succesionis sed jure contractus* (que es en lo que por último vienen á parar todas las doctrinas despues de apuradas) desde luego no tendria embarazo Arevalo, pues en el supuesto que vamos hablando, le seria indiferente entrar por una ó por otra via al goce y posesion de los bienes que le fueron prometidos en remuneracion de sus servicios, ó del mejor modo que pudiese valer lo pactado.

Mas para que se tenga por subsistente, bastaba la obligacion y necesidad en que se hallaba Doña Tomasa de cumplir la promesa, no obstante que por razon de la posterior institucion de heredera hecha en Doña Maria Ursula, se le atribuya la denominacion de pacto sucesorio; pues es fuera de disputa, segun asevera el supra citado Tratadista D. Juan Torre con copia de AA. y textos del derecho (2), que quando el pacto de futura sucesion lo motiva la necesidad de algun contrato lícito precedente, es válido y firme, dando por razon, que la necesidad no se sugeta á ley, y que lo que en fuerza de ella se hace excluye toda sospecha de maquinacion; á que concurre, ser regla constante de derecho, que la necesidad hace válido y probable, lo que sin ella seria ilísito y reprobado (3): de donde deducen los AA. (4): que los pactos de succedendo son nulos quando se hacen sin causa justa, pero no quando interviene alguna que obligue á celebrarlos, y esto lo infieren de las mismas palabras de la ley *pactum quod dotali Cod. de pact.* que es el texto capital en contrario; y aunque el dicho Torre como Autor Italiano reputa tambien por odiosos dichos pactos, no se funda ni da otras razones que las generales, refutadas ya sólidamente, y solo adaptables á los pactos puros que inventó la avaricia de los hombres; luego aun quando el nuestro hubiese sido sucesorio (que no lo fue, como está de manifiesto, y se convenció á todas luces en el punto anterior) deberia siempre subsistir válido y firme por no ser de los que invalidan la ley de Partida.

¿Pues que es lo que se le ha hallado de ilegal, ó vicioso á nuestro pacto para desatenderlo, y no hacer que tenga su debido efecto, habiendo Arevalo cumplido por su parte puntualisimamente con todo, y aun con mucho mas de aquello á que se obligó, (y que jamas se imaginaria Doña Tomasa) es decir, con la prestacion de unos servicios superiores en su entidad, y estencion á todo encarecimiento por el dilatado, y continuado tiempo de trece años? ¿Se ha objetado acaso alguna ley ó estatuto, que prive á ningun individuo negociar con todos sus bienes, bien sea enagenandolos, permutandolos, ipotecandolos, ó dandolos á otro por alguna causa, ó motivo justo? ¿Se han desterrado por ventura de la sociedad, trato, y comercio, las estipulaciones, ó pactos, te doy porque me hagas, te doy porque me des, hagote porque me hagas? ¿No sabemos que solo se ha puesto límite á ésta libre facultad de poder cada uno disponer de lo suyo, quando se trata de abusar de ella, esto es, quando la enagenacion de los bienes es por falta de juicio, por prodigalidad, ó porque resulte perjuicio á la misma

(1) *Luc. lib. 15. part. 3. observ. 63. conflict. leg. & rat.* (2) *Torr. ubi sup. cap. 26. n. 1. Bart. in leg. estipulatio de verb. oblig. Paris cons. 26. n. 82. Escob. de ratiot. c. 11. n. 11.* (3) *L. 1. ff. de oficio consul.* (4) *Merend. lib. 1. controv. c. 17.*

sociedad pública? ¿Pues qué hay de reprobado, ó defectuoso en el pacto celebrado por Doña Tomasa Esquivel, si nada de esto tuvo, por constar que procedió estando en su sano, y entero juicio, y de su espontanea voluntad, que no quedó en estado de mendigar con la enagenacion, ni padecio por ella el menor trastorno el orden social, ó comercio público? ¿No es cierto que por derecho tienen paso franco aun las donaciones universales de todos los bienes presentes si se hacen á las Iglesias, ó para obras pias, ó son remuneratorias, ó por causa onerosa, y mucho mas quando la entrega de ellos se difiere para despues de la muerte del donante, ó quando son hechas con reservas del usufruto? ¿No vemos tambien establecido en España por nuestro Católico Monarca, el que se llama fondo perdido, donde el que quiere puede meter todo su caudal enagenandolo, y abdicandolo de sí para siempre con tal que se le contribuya con un tanto por ciento al año durante su vida? ¿Pues por qué no podria Doña Tomasa Esquivel hacer igual, y aun mucho mas ventajosa negociacion, qual fue la que hizo con sus bienes, ó no ha de valer la que executó en circunstancias de no poder ella por sí administrarlos, conservarlos, ni defenderlos de los pleitos suscitados contra ellos, quando con la enagenacion los puso de todos modos á cubierto, aseguró sus alimentos, y una vida tranquila, y regalada, y quando, á mas de haber quedado en posesion de todos (pues la enagenacion fue para que tuviese efecto despues de sus dias) reservó parte de los mismos bienes, que distribuyó en varios legados, y de que en todo tiempo pudo despues disponer? ¿Es posible que por solo tener apariencias de sucesorio nuestro pacto, ó mas bien porque á la parte contraria se le ha antojado darle esa denominacion con errada inteligencia de las leyes, ó mala aplicacion de ellas, se le ha de dar por el pie, y dexar á Arevalo en la calle despues de haber éste llenado exactisimamente las obligaciones á que se comprometió, y de haber Doña Tomasa conseguido quanto podia apetecer?

A la verdad que seria hombre muy infeliz si llegase á esperimentar tan fatal desgracia. No, Señor, no lo espera Arevalo, porque por su parte en nada ha faltado, ni delinquido para que se le prive de un derecho adquirido con los sudores de su trabajo. La viuda por la suya tampoco hizo cosa alguna contra ley, ni contra las buenas costumbres. Ella no se espuso á recibir perjuicio, ni lo recibió en lo mas leve. Ella segun se ha hecho ver no se despojó de la facultad de testar, ya porque para hacer Testamento no es necesario tener bienes de presente, ya porque la enagenacion de los suyos no comprendió las acciones, y derechos futuros, y ya porque posterior al pacto, esto es, en el poder par testar que otorgó el año de 80, separó de ellos lo que quiso para diferentes mandas que tuvo á bien hacer, de cuya porcion de bienes pudo disponer en lo sucesivo, ó por testamento, ó por otra última voluntad. Ella en fin no quedó expuesta al menor riesgo de su vida, porque el derecho y la ley solo sospecha ó presume que puede haberlo en los pactos verdaderamente sucesorios en que para adquirir derecho á la herencia es preciso esperar la muerte del sugeto á quien se ha de heredar, y en nuestro caso, ni le vino á Arevalo por esa via su derecho, ni su adquisicion dependia del fallecimiento de Doña Tomasa, pues lo tuvo desde el mismo punto en que se ajustó el pacto, y empezó á tener su cumplimiento, que es lo que lo hizo irrevocable.

Ultimamente no se puede tampoco arguir de él ninguna exobitan-

cia , ó lesion , pues aquel fue un negocio expuesto tanto á la ganancia como á la pérdidia , atendido el futuro evento , y las circunstancias en que se hizo , en cuyo caso no puede , segun general doctrina (1) alegarse engaño , lesion , ni fraude ; porque si fue mucho lo que prometió Doña Tomasa , todo ello estaba litigioso , y ligado á varios cargos , y con nada seguro podia contarse ; y así como quedaron bienes (debidos á la industria , y trabajo de Arevalo) pudo no haber quedado nada , ó muy poco , ya porque se perdiesen los pleitos , ya porque la viuda lo consumiese todo en su vida , ó ya por otras muchas contigencias del tiempo ; y en fin si bien se mira , fue mucho mas (atendido todo lo dicho) lo que prometió Arevalo , pues se obligó á unos servicios de la mayor importancia, y á prestar un trabajo cierto por tiempo indeterminado , mediante el qual se logró la conservacion , y subsistencia de los bienes que han quedado , como lo publícaba la misma viuda diciendo : „que nada hubiera podido hacer sin Arevalo , que era incansa„ble de dia , y noche en el gobierno de la familia , haciendas , y nego„cios , que todo lo hacia con imponderable eficacia , y que asi todo „era para él.

PUNTO QUINTO.

No obsta à nuestro pacto el instrumento revocatorio del poder , ni el Testamento y codicilo otorgados por Doña Tomasa en los años de 1790. y 1791. cuyas nulidades se pondràn de manifiesto.

AUnque el instrumento de revocacion del poder conferido á Arevalo en que fue instituida su muger por heredera aparece otorgado por Doña Tomasa Esquivel , hay varios indicios que persuaden ó al menos que lo hacen sospechoso de falzo ; lo primero por el sigilo , y cautela con que se fraguó hallandose Arevalo en ésta Ciudad , previniendose á los testigos silenciasen el hecho , y no se hiciese saber al susodicho hasta su debido tiempo , cuyo clandestino procedimiento arguye dolo por derecho : lo segundo porque preguntada Doña Tomasa por personas de su mayor confianza (en circunstancias de verse necesitada á descubrir la verdad) sobre el otorgamiento de dicho instrumento revocatorio , aseveró siempre que no lo habia hecho , ni tampoco otorgado ningun otro papel ante Escribano , y testigos , sino una memoria de Esclavos que donaba á San Francisco , y de los que dexaba libres , y que no haria instrumento alguno sin presencia de Arevalo : lo tercero , porque á no ser asi no hubiese dexado á éste , despues que regresó , continuar en sus servicios , y correr con todos los negocios en la misma conformidad que antes , ni le volveria á autorizar de nuevo , como lo hizo , para que pudiese arbitrar , y tranzar en el pleito con los herederos de Salinas : lo quarto , por no haberse encontrado el instrumento de revocacion entre los papeles de Doña Tomasa , sino en poder de Doña Juana : y finalmente por lo poco , ó nada fiel del Escri-

(1) *Surd. de aliment. tit. 1. q. 44. n. 19. leg. 3. Cod. de resind. vend.*

cribano ante quien sè otorgó el instrumento , segun está probado ; de forma que unido todo esto hace ver que dicho instrumento de revocacion no fue obra de Doña Tomasa , sino de los que la cercaban , y que el que ella quiso otorgar no fue otro que la memoria , ó legado que significó á sus confidentes , pues la falcedad como delito de dificil prueba se justifica con indicios y congeturas (1) y el instrumento sospechoso de falzo se presume hecho por aquel en cuya utilidad cede.

Pero aun quando en la realidad hubiese Doña Tomasa revocado el poder para testar conferido á Arevalo , concurren sobrados motivos para creer que procediò seducida , y engañada de sus parientes principalmente del Padre Fray Joseph Ignacio Otazú Religioso Franciscano , y de D. Baltazar Casafus sus sobrinos : á éste fin procuraron estos (y lo consiguieron) indisponer á Doña Tomasa con la muger de Arevalo atríbuyendole excesos que ni aun habia pensado. Casafus fue el que llamó , y llevó al Escribano á casa de aquella , y el que con nimia diligencia anduvo registrando los archivos para imponerse del poder, que se trataba de revocar : él y el Padre Otazú se habian constituido directores de Doña Tomasa , y no se separaban de su lado , y ya se ve, que junto todo esto con lo expresado arriba , convence que la susodicha procedió coacta , sin voluntad libre , y por consiguiente que fue nulo , de ningun valor , ni efecto el instrumento de revocacion ; pues *voluntas coacta non est voluntas* (2) ¿Ni como es de presumir que Doña Tomasa quisiese alterar sin motivo el menor , una tan justa , y arreglada disposicion como la contenida en el poder para testar conferido á Arevalo quando en aquellas mismas circunstancias habia significado que no tenia heredero , y que si trabajaba era para sus hijos? Esta inverisimilitud es una congetura legal que arguye de doloso y reprobado el hecho , como enseñan con multitud de DD. Farinacio , Tusco , y Maschardo (3).

Fuera de que , quando todo lo dicho cesase , que no cesa , se hallará , que por el expresado instrumento no se revoca ni altera en la substancia (ni era tampoco alterable ni revocable) el pacto que Doña Tomasa tenia celebrado con Arevalo , sino únicamente el poder y la institucion que ella habia arbitrado hacer , como medio , á su parecer, mas honesto para dar cumplimiento á la promesa remuneratoria de dexarle todos sus bienes para despues de sus dias á dicho Arevalo en pago de sus servicios : de otra suerte ¿ cómo era capaz que Doña Tomasa despues de aquella revocacion quisiese permanecer sin escrúpulo disfrutando de esos mismos servicios si ya no pensaba en premiarlos del modo que al principio habia prometido? ¿Cómo era componible la mutacion de voluntad en la susodicha con lo que decia á sus confidentes : de „ que procurasen irle á la mano á Doña Maria Ursula , y que „ no la tratase mal sabiendo que todo era para su marido? " Esto claramente da á conocer que Doña Tomasa lo que quiso fue (si es que procedió con volutad libre) revocar la institucion de heredera hecha en la citada Doña Maria Ursula por los resentimientos que de ella tenia , mas no quitarle á Arevalo lo que le habia prometido en justa compensacion y premio de sus servicios , y por eso despues de dicha re-

(1) *L. si ex falsis. Cod. de trasact. Larr. aleg.* 96. *á n.* 1. *Menoch. lib.* 5. *præc.* 20.
(2) *Cobar. de sponsal. cap.* 4. §. 1. *n.* 17. *Salg. de reten. p.* 2. *cap.* 17. *n.* 53. *y* 54.
(3) *Farin. de falsit. & simul. q.* 162. *n.* 215. *Tusc. Concil.* 262. *n.* 5. *Masc. Concl.* 440. *n.* 9.

revocacion se significó en los términos referidos, denotantes, que permanecia en su primera voluntad y en el pacto recíproco que ambos habian celebrado: luego de ninguna suerte puede obstar á dicho pacto el mencionado instrumento revocatorio de fol. 10.

Pero supongamos que la viuda hubiese efectivamente querido alterar y revocar por el relacionado instrumento el pacto ó promesa remuneratoria hecha á Arevalo el año de 78. ¿Qué efecto podria causar esa revocacion? Ninguno por cierto, pues aquel era un acto nulo, y sin el menor valor, como dirigido á infringir un pacto oneroso recíproco de mutua obligacion irrevocable por derecho, sgun se convenció al principio: luego la revocacion (quando fuese obra propia de Doña Tomasa, ó hubiese procedido en ella con voluntad libre y no seducida y coacta) solo pudo recaer sobre el poder para testar conferido á Arevalo, y la institucion de heredera hecha en Doña Maria Ursula, pues en ello solo podia ser árbitra la susodicha: luego el precitado instrumento revocatorio otorgado el año de 90. nada obra, ni fue capaz de obrar contra lo pactado con Arevalo.

Mucho menos el Testamento que últimamente hizo Doña Tomasa en que instituyó heredera universal à Doña Juana su hermana por los vicios y nulidades notorias que contiene; á su otorgamiento procedió aquella sin voluntad libre, y quanto dispuso fue todo obra del citado Padre Otazú hijo de dicha Doña Juana; asi lo convence la prueba producida por parte de Arevalo, de que consta: que dicho Religioso, y el Dr. Casafus fueron los directores de Doña Tomasa desde que cayó enferma, no habiendo permitido en todo el tiempo que duró la enfermedad hasta su muerte, que la asistiesen otras personas que su hermana, sobrinas, y demas coligados; que para mejor persuadirla, y lograr sus intentos la llevaron á la estancia de Quiquio propia de Doña Juana; que alli se estendió primeramente el Testamento ante un Juez de comision; que despues se le trasladó á Doña Tomasa á su Chacra en donde por estar sin fecha el Testamento, y por otros defectos, trataron de rehacerlo, y que lo autorizase el mismo Escribano ante quien se habia otorgado el instrumento revocatorio del poder; que quien lo escribió, ó trasladó fue el Padre Otazú en la Sacristia de la Capilla de dicha chacra donde no se hallaba la testadora; que ésta no dictó el todo, ni parte de él, sino que, de quando en quando salia el Religioso á hablar con la finada, y volvia á la Sacristia á escribir; y en fin que los Testigos fueron llamados por él, y que aunque oyeron leer el Testamento á presencia de la otorgante no lo firmaron alli mismo, sino que fueron llevados á otra pieza distante para firmar; de modo que pudo muy bien el Frayle en ese intermedio, y con ocasion de ser de noche, (pues *tenebræ ad delinquendum sunt aptæ*) hacer que firmasen aquellos, y autorizase el Escribano, otra cosa diferente de la que habian oido leer; sin que pueda decirse, ser éste un juicio temerario, respecto á que Juan Joseph Sandobal uno de dichos Testigos, examinado despues baxo de juramento, expuso: „ que segun tenia presente una de las „ claúsulas que se leyeron del Testamento decia dexarse á Doña Juana „ las casas de la Ciudad:" cuya claúsula no se encuentra en todo el Testamento presentado; á que concurre, haberse estendido el Testamento en pliegos sueltos, y no en protocólo como debia y correspondia, segun lo que establece la ley (1).

A

(1) *L. 9. tit. 19. part. 3.*

A presencia de todo esto ya se dexa ver si podria ser obra de Doña Tomasa el tal Testamento ó quando lo fuese, si procederia con voluntad libre, séria, y deliberada como se requiere para un acto el mas escrupuloso, y grave. La libre voluntad es la suprema ley en los Testamentos, y nada correponde mas bien, que usar de ella en el acto de testar: *sit lex ejus voluntas* díce una auténtica (1) *nullo valente citra illius voluntatem: nihil enim est quod magis hominibus debeatur quam ut supremæ voluntatis post quam jam alliud velle non possunt liber sit stilus & ilicitum quod iterum non reddit arbitrium*: de forma que es tan libre el imperio de la voluntad, que en un solo acto es el subdito, el legislador, y la ley. Por eso estas abominan las importunaciones, sugestiones, y demas reprobados medios de que pueda resultar impedimento á la plena, y libre voluntad, y para que valga en ambos fueros debe excluirse todo involuntario mixto, y desterrarse todo error, violencia, y seducion que lo cause, como con el Padre Luiz de Molina Príncipe en ésta materia asienta el Sr. Castillo (2); pues la persuasion y sugestion se reputa en derecho por una especie de violencia: *persuadere est plusquam compelere* (3). El Sabio Rey D. Alonso la llama como manera de fuerza. (4) El Derecho Canónico, ambiciosa importunidad (5). Y los Jurisconsultos, dicen: que es argumento claro de dolo, que tiene la misma fuerza que éste, surte el propio efecto que el miedo grave, y el inducido por persuasion se equipara al forzado (6); Y si esto es hablando en general ¿qué deberá decirse respecto de las mugeres siendo como son por su debil sexo tan fáciles de seducir? (7)

El hecho de haber el Padre Otazú escrito el Testamento, ó por mejor decir trasladado el que se extendió antes en la hacienda de Quiquio, sin duda á su propio arbitrio, no solo le convence de nulo, sino de falso y de ningun valor, por instituirse en él á su madre, y por legatarias á sus hermanas, habiendose hecho digno de las penas que establce el derecho en estos casos, pues el interes era uno mismo (8); y si esto es aun dictando el testador ¿qué deberá decirse en nuestro caso? ¿y qué diremos del bueno del Escribano que pasaba por todo? La ley de Partida da por falsos los Testamentos no siendo escritos por mano de ellos puediendolo hacer (9); y aunque por lo general está admitido que lo executen por sus Amanuenses, pero nunca es permitido que el interesado en la disposicion, (qual lo era el Padre Otazú) haga éste oficio (10). Y qué ¿acaso fué esto solo? No por cierto, tambien exerció su Paternidad el de explorador (ó se fingió tal) de la voluntad de Doña Tomasa entrando y saliendo á la pieza donde estaba, sin que el Escribano supiese otra cosa (como él lo tiene certificado) que haberle insinuado aquella, que queria hacer revocacion de una claúsula del Testamento que habia otorgado en Quiquio, y enmendar otra ú otras; de donde se infiere que todo fue obra del Padre Otazú; pero una obra *endiablada que dexaba muchos enredos* como

 se

(1) *Autent. de nupt. colat. 4. §. disponat.* (2) *Molin. de just. & jure trat. 2. disp. 135. Cast. lib. 3. cont. cap. 1. n. 8.* (3) *Lex 1. ff. de serv. corrupt.* (4) *L. 1. tit. 19. part. 7.* (5) *Cap. fin. extra de rescrip. in 6.* (6) *Cast. ubi sup. á n. 106. Luca in suma testam. n. 14. y disc. 15. p. 1. de testam.* (7) *Mant. de conjec. lib. 3. tit. 14.* (8) *L. Div. Claudius ff. ad leg. corn. de fals. Ramos del Manzan. ad leg. juliam. lib. 4. cap. 36. Farin. q. 115. p. 8. de fals. & simulat.* (9) *L. 5. tit. 19. p. 3.* (10) *Larr. alegat. 96. n. 30.*

se explicó uno de los Testigos hablando con otro en ocasion de habersele llamado segunda vez, para que fuese á serlo del Testamento; añadiendo en la conversacion „ que hasta al Frayle se le dexaba dinero y „ capellania (que sin duda seria en el que se otorgó primero) y que „ no sabia como podia ser eso" de suerte que seria nunca acabar si sobre cada uno de los hechos, y circunstancias que concurrieron se dexase correr la pluma.

Mayormente quando para que se declare nulo de ningun valor ni efecto el referido Testamento basta saber que en él se dexó un legado quantioso á favor del Convento de San Francisco de cuya disposicion impuesto el Escribano quando se estaba trasladando, la repugnó y no permitió se estendiese por razon de que en ello se contravenia á lo dispuesto por S. M. en su Real Cédula de 18. de Agosto de 1771.; y para paliar el fraude se tomó el arbitrio de silenciar en la claúsula al Legatario, y escribirla en los términos que se reconoce de la 24. de dicho Testamento: pero examinada despues baxo de juramento Doña Juana Esquivel sobre el verdadero sentido de aquella claúsula, no pudó menos de confesar, y descubrir el artificio, y fraude diciendo, que los bienes que alli se expresaban eran dexados para el Convento de San Francisco; de forma que estando probado como lo está hasta la evidencia haber sido el mencionado Religioso Otazú no solo el Director de Doña Tomasa, sino el que fraguó, y estendió todas las disposiciones á su arbitrio (de lo qual estaba bien cerciorado el Escribano como tambien de que aquella no tuvo en su última enfermedad otros Confesores ni auxiliantes que su sobrino el Padre Otazú, y dos Religiosos de su Convento, pues de otra suerte no hubiera puesto contradiccion dicho Escribano al expresado legado) no puede ni debe dudarse haberse contravenido á la precitada Real Cédula y Auto acordado á que se refiere mandada guardar y cumplir por otra posterior de 13. de Julio de 75. y por consiguiente ser nulo de ningun valor, ni efecto el Testamento en todas sus partes (como expresamente se declara por dicha novisima Real Cédula) y haber incurrido el Escribano en la pena que alli se impone, cuya nulidad corresponde se declare con expreso y debido pronunciamiento del mismo modo que la del posterior codicilo como otorgado con los mismos vicios, y en odio de Arevalo, por razon de la declaracion que pidió se le recibiese á Doña Tomasa antes de morir.

Parece, pues, hallarse ya convencido, y demostrado hasta la evidencia, en los cinco precedentes puntos la verdad del pacto recíproco celebrado entre Doña Tomasa Esquivel, y D. Francisco Xavier Arevalo; su validacion, firmeza, é irrevocabilidad; que dicho pacto nada tuvo de gratuito; que él fue muy ventajoso á la viuda; que por la institucion de heredera que posteriormente ó á los dos años hizo en la muger de Arevalo para por ese medio cumplir la promesa, y remunerarle á éste sus servicios, no se inmutó la naturaleza de dicho pacto, sino que antes adquirió mayor fuerza; que por ningun caso puede llamarse pacto sucesorio; que aun quando lo fuese, no seria de la clase de los que invalída la ley; que no contuvo tampoco vicio alguno de lesion, engaño, ó exorbitancia; y finalmente que no le obsta al dicho pacto la revocacion que hizo Doña Tomasa del poder para testar, é institucion en él contenida, ni el Testamento últimamente otorgado por la susodicha: deduciéndose de todo haber calificado Arevalo pleni-

si-

simamente su derecho; ser ninguno el que promueve Doña Juana Esquivel, y por consiguiente que debe revocarse la sentencia suplicada, y declararse con expreso pronunciamiento tocar, y pertenecer á aquel asi en posesion como en propiedad los bienes que se litigan, no obstante que dicha sentencia se haya contrahido solo á determinar sobre la posesion; que es lo que servirá de materia al=

SEXTO Y ULTIMO PUNTO.

Mezclado ò confundido como lo està el juicio posesorio con el petitorio de propiedad, sobre ambos debe pronunciarse juntamente, aunque al principio de la causa solo se hubiese tratado del primero, y obtener en ella el que ha probado mejor derecho.

NO hay duda que fallecida Doña Tomasa Esquivel se promovió entre Arevalo y Doña Juana Esquivel el juicio sobre la posesion de los bienes mortuorios, y aunque aquel por lo pronto la pidió en virtud del poder para testar en que Doña Tomasa habia instituido por heredera á Doña Maria Ursula Idalgo su muger, y de la declaracion judicial que hizo pocos dias antes de su fallecimiento en que confesaba, que dicha institucion la habia executado para remunerar los servicios de dicho Arevalo, pero despues mejor instruido de sus acciones, y derechos (de que por su escrito de foj. 25. habia protestado usar) formalizó su demanda (luego que se le declaró por parte legítima en el juicio, y de haberse evaquado otros artículos) por el de foj. 183. q. 1. fundandola principalmente en el pacto que habia celebrado con la viuda, y promesa que ésta le hizo de dexarle todos sus bienes, en págo, y remuneracion de los servicios que se obligó prestarle; cuyo procedimiento no debe obstar en manera alguna, pues es doctrina sentada, que aunque el Actor intente la demanda por una causa y accion, y pruebe otra diferente se puede dar sentencia, y vale el juicio, porque la diversidad de la causa no la muda, y porque los pleitos, segun la ley, deben determinarse conforme á la verdad que de ellos resulte: (1) mediante lo qual, y por lo intrincado en que se puso el juicio posesorio, fue preciso darle mayores ensanches recibiendose, como se recibió la causa á prueba.

Con éste motivo pidió, y fundó Doña Juana Esquivel, que debia aquella seguirse por la via ordinaria y determinarse juntamente sobre la propiedad, como se reconoce de su escrito de fol. 105. q. 2. en que al cap. 3. dice asi: „es cierto que èste juicio empezó con visos de pose„sorio, pero no se puede negar que posteriormente ha pasado á ordi„nario por la mezcla del petitorio, segun consta del pedimento y ale„gacion de foj. 32. que presentó mi parte solicitando no solamente la „mision por la presencia del Testamento....sino tambien que se le de„clarase legitimamente instituida heredera, en que está el derecho de pro-

(1) *Evia Bol.* 1. *p.* §. 18. *n.* 6. *Avend, resp.* 1. *controv.* 10. *Parl. rer. quot. cap.* 10. *n.* 3. *L.* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de Cast.*

„ propiedad." Al siguiente cap. del mismo escrito dice tambien Doña Juana: „en los autos está declarado por Vm. que Arevalo es legitimo „ contradictor y que tiene accion de pedir en éste juicio: de manera „ que á presencia de estas relevantes circunstancias á pasado la causa „ á ser ordinara." De alli siguió la parte fundando con la doctrina del Sr. Castillo, y otros: que el juicio debia sustanciarse y determinarse como ordinario, y lo mismo repitió en el escrito de foj. 118.

Supuesto lo qual, y que efectivamente el juicio no solo se hizo ordinario, sino ordinarisimo, y de un conocimiento tan lato que ha llegado el proseso á componerse de 6. abultados quadernos en que se ven algunos escritos hasta de 80. foj., habiendo en ellos las partes deducido, alegado y probado quanto puede hacer á su favor, asi en orden á la posesion, como por lo tocante á la propiedad, parece no haber arbitrio para dexar de resolver y determinar sobre uno y otro; pues de otra suerte seria dar margen á que el pleito sobreviviese á los bienes litigiosos, y aun à los mismos litigantes, acabandose unos y otros antes de vérsele su fin.

Verdad es que el Juez *á quo* contraxo su sentencia á solo la posesion, y que la pronunciada en vista por la Real Audiencia no se estendió á otra cosa que á la revocacion de aquella, añadiendo unicamente la reserva de su derecho á Arevalo para que usase de él sobre sus servicios personales; pero no por eso quedó ligado el Tribunal para no poder (mirada á mejor luz la causa) resolver y determinar sobre ambos juicios; porque si las sentencias deben precisamente ajustarse á las demandas, y á lo libelado en ellas, habiendo las partes producido las suyas, tanto por lo que hace á la posesion, quanto por lo respectivo á la propiedad, y pedido expresamente que á cerca de uno y otro se declare su derecho, porque ya no tienen mas que decir ni mas que alegar, se halla en presision el Tribunal de dar su juzgamiento sobre todo; sin tener consideracion á las leyes (1) que disponen la mision en posesion hereditaria de los bienes al heredero instituido, aunque se arguya de nulo el Testamento, porque ellas hablan quando se trata del juico sumarísimo posesorio, en el qual no estamos, sino en el ordinario de posesion mezclado con el de propiedad, donde para desidir es preciso oir, examinar, y graduar „las razones de amas las partes" como dice la ley de Partida (2); y el que hubiese mostrado y probado que ha mejor derecho á los bienes, bien sea por titulo de heredero, ó por otra razon alguna, ese debe ser entregado de ellos; y si de la prueba resulta calificado el derecho á la propiedad aunque el opositor sea tenedor de los bienes, y demandase su tenencia no debe ser oido, ni obtener en la demanda sino el que alega el señorío: *casi lo probase* (dice otra ley de la misma partida) *él debe ser entregado de la cosa, é el otro que razonase la tenencia non ha que ver en ella* (3).

Si se recorren las doctrinas, todas convienen en que quando el juicio posesorio *adipiscendæ* que establece la ley fin. Cod. de edic. Div. Ad. toll. se trata juntamente con el petitorio de propiedad, el Juez debe sobreseer en el conocimiento sumario, y resolver difinitivamente la causa. Asi lo enseña, con copia de otros AA. el Sr. Castillo (4) diciendo: *ubi extat contradictor Judex debet audire partes & supersedere in missio-* ne

(1) *L.* 2. *tit.* 14. *part.* 6. *L.* 3. *tit.* 13. *lib.* 4. *de Cast.* (2) *L.* 3. *tit.* 14. *p.* 6. *& ibi Greg. Lop. verv. luego.* (3) *L.* 27. *tit.* 2. *p.* 3. (4) *Cast. lib.* 3. *controv. cap.* 24. *n.* 103.

ne in possessionem petita , & si de interesse contradictoris apparenter appareat, debet pronuntiare non esse locum sumariæ cognitioni , sed agendum esse judicio ordinario , & sic postea servatis servandis diffinitive pronuntiare alias nulliter procederet.

El mismo Autor pasando despues á designar los casos en que se falcifica la regla de que el heredero instituido debe ser metido en la posesion de la herencia (1) , dice : 3. *fallere quando non esset servata forma judicii executibi leg. fin. Cod. de Edic. Div. Adr. toll. sed sunt admissa alia respicientia plenum possessorium & petitorium* : 4. *fallere quando tertius contradictor exipit & probat suas exceptiones plene & apparenter exactis* : á que añade como cosa ciertisima y asentada en derecho: *missionem in possessionem impediri cum legitimus adest Contradictor , & utriusq. , id est , petentis in missionem , & contradicentis jura plene & informa judicii examinanda ut cujus potiora sint jura deducatur aperte & impossessionem mitatur.*

Lo propio asevera el Maestro Antonio Gomez sobre la ley 45. de Toro (2) ibi : *quod si legitimus Contradictor appareat & potiora jura ostenderit, non fiet missio imò si facta fuerit revocabitur.* Al intento hace tambien la doctrina del Sr. Salgado (3) donde dice : *possessorium quando simul tractatur cum petitorio istud ut potentius præponderat & absorvet possessorium.* En fin baste por todas la autoridad del Doctisimo Menochio (4) que trató exprofeso la materia , y es digno de verse sobre el punto propuesto.

Y á la verdad que seria un abuso manifiesto de las leyes , un proceder en infinito , y ocasionar un circulo vicioso , si despues de haberse hecho ordinaria , y aun ordinarisima la causa por las mismas partes interesadas , controvertido estas sus derechos y acciones plenariamente por espacio de quatro años , y pedido con repetidas instancias que se ponga fin á ella, se sugetase la determinacion á solo el juicio posesorio, dexandose pendiente el de la propiedad ; pues aquellas vendrian á aplicarse fuera de su caso , y las partes tendrian que continuar en el pleito (volviendo á las andadas) con reservarsele á Arevalo su derecho (que no puede ser otro sino el de la propiedad) para que use de él como le convenga.

Aun quando á Doña Juana Esquivel se le supusiese con derecho claro é induvitado á la mision en posesion hereditaria en virtud del Testamento en que fue instituida heredera , y no se hubiese justificado su nulidad , habiendo entrado igualmente al juicio plenario petitorio , y manifestadose en el no tener alguno á la propiedad en oposito del de Arevalo , no podria sin gravamen de la conciencia , y agravio manifiesto de la justicia , darsele dicha posesion. Asi lo sienten uniformemente los AA. , y entre ellos el Sr. D. Francisco Sarmiento (cuya doctrina ha sido siempre venerada y seguida) diciendo (5) : *quod notorius defectus proprietatis excludit remedium possessorium* , y antes de esto : *quod nullo modo potest quis sine periculo Animæ possessorio remedio agere etiam si in eo bonum foveat jus , nisi & in juditio proprietatis res ad eum pertineat , & aliter agendo scienter peccat mortaliter , & ad omnes expensas , damna , & interesse parti victæ tenetur* : lo que comprueba con evidentes razones y varios textos del Derecho Canonico y Civil.

 Del

(1) *Cast. ubi sup. n.* 157. (2) *Gom. Leg.* 45. *Taur. n.* 147. (3) *Salg. de Reg. Prot. p.* 2. *cap.* 7. *n.* 89. *& p.* 3. *cap.* 12. *n.* 83. (4) *Menoch. de addipis. pos. remed.* 4. *á n.* 856. (5) *Sarm. Select. interp. lib.* 2. *c.* 13. *n.* 5.

Del propio sentir es tambien el Sr. D. Juan de Solorsano en su Política indiana, quien dice (1): *que pecan mortalmente y estan obligados á pagar todas las costas, daños é intereses de las partes, asi los litigantes, como los Jueces, Abogados, y Procuradores, que conociendo en los meritos de la causa notorio defécto en la propiedad, insisten, ó pronuncian en remedios superficiales y dilatorios, dexando de dar luego plenariamente y en propiedad su derecho á la parte á quien conocen que le compete.* Y si esto es aun quando se intenta ó promueve primero, ó quando se trata del juicio posesorio solamente, y asistiendo buen derecho al que pide la posesion, ó retencion de ella ¿qué deberá decirse quando ya se han mezclado ambos juicios posesorio y petitorio, quando falta en el pretendiente aquel buen derecho, ó se ha hecho ver que se funda en un título falso ó nulo, y quando en el progreso de la causa se ha manifestado claramente no tenerlo tampoco á la propiedad?

Por cierto que no habrá alguno que salve en nuestro caso de pecado mortal, y del reato ó responsabilidad á las costas, daños y perjuicios á Doña Juana Esquivel, á su Abogado y Procurador, al verles tan empeñados en pedir la mision en posesion de unos bienes que saben le son debidos legitimamente á D. Francisco Xavier de Arevalo por un título oneroso el mas justo que puede darse. Pero que mucho es, que quien avara y ambiciosa se abandonó desde los principios en consorcio de su hijo á seducir y engañar á su propia hermana por unos medios los mas reprobados, á fin de constituirse succesora de sus bienes, y quitarlos á quien conocia y sabia era legitimo Acreedor á ellos (causandole tal vez á esa incauta testadora la eterna perdicion de su alma) ¿qué mucho es, vuelvo á decir, haga hoy tanto esfuerzo para sostener un tan injusto litigio, y solicitar la posesion de lo que mañana se le habia de quitar, y entregar á su verdadero dueño? ¿Ni qué hay que admirar que quiera tambien Doña Juana hacer cómplices de su pecado á los Jueces, y ligar sus sanas conciencias á responder por el daño, costas é intereses?

La expresada Doña Juana aunque se vió instituida heredera universal, no dexó por eso de conocer que aquel titulo lo habia negociado por unos arbitrios los mas detestables; y asi considerandose nada segura, (aun viendo ya fallecer á su hermana) hechó al pillage ocultando y apropiandose, en la noche que precedió á su muerte, las alhajas que dexaba de oro, perlas, y diamantes, en un cofrecito de plata, para poder decir (quando todo turbio corriese, esto es, quando se declarase por nula aquella institucion) que la difunta se las habia dado en vida, con cuyo fraudulento designio se omitió sin duda, en el Testamento, como extendido por el Padre Otazú, expecificar clara y distintamente dichas alhajas, pues llegando á hablar del ajuar de la Testadora en la claúsula 16. se dice únicamente *que se tenga por perteneciente á él lo que se hallase en ser al tiempo de su muerte*, siendo asi que en lo demas de los bienes, se procedió con tal menudencia, que no se omitió especificar aun lo mas despreciable, como eran las ollas de cocina, tachos, y barretas viejas, segun todo está probado, y consta de autos: de modo que aun antes de haber Arevalo acreditado su accion, y derecho á los bienes, ya era sabedora Doña Juana de que

no

(1) *Solorz. polit. ind. lib. 3. cap. 31. n. 4. Gutierr. cons. 6. n. 12. Gonz. in reg. 8. Chanc. glos. 1. §. 5. n. 69.*

no le habia de servir, ni aprovechar el titulo de heredera y por eso llevada de su infernal codicia trató de ocultar, y apropiarse lo que pudo, abreviando con ello la vida á Doña Tomasa (que no dexó de traslucir entre las sombras de la muerte el tiro que se le hacia) que es á quanto puede llegar la avaricia, y asi dixo Lucano, ponderando la de los hermanos, segun refiere á Cursio y una ley de Partida. (1)

Fraterno primi maduerunt sanguine muri.

En fin Doña Juana Esquivel no tiene otro titulo para fundar derecho á la propiedad de los bienes sugeta materia, que el Testamento en que fue instituida heredera. Este se ha hecho ver ser notoriamente nulo y de ningun valor, tanto por defecto de voluntad libre, quanto por haberse contravenido en él á una novisima Real disposicion la mas expresa y reencargada, en que no solo se declara por inválido el legado ó manda hecha en la última enfermedad al Confesor, ó Director, sea Clerigo ó Religioso, ó deudo de ellos, á su Iglesia ó Religion, sino tambien por nulos los mismos Testamentos, segun se ve de sus finales palabras; luego no puede atribuirle á la susodicha aquel derecho, pues: *quod nullum est nullum producit efectum*, *&* *nullius entis nullæ sunt qualitates*; y asi no puede tampoco darsele, ni confirmarse la posesion que se ha decretado á su favor, sin ir contra dicha Real Cédula, incurrir en pecado grave, faltar á la justicia, y sin el reato de resarcir todo el daño que se cause.

Aun en el caso que le asistiese á la expresada Doña Juana algun derecho deberia desatenderse en concurso del deducido por Arevalo. Este (como se ha demostrado) es un acreedor de estricta, y rigurosa justicia en fuerza de un pacto lícito probado, y á virtud de unos servicios confesados baxo de juramento por Doña Tomasa estando para fallecer: mas aquella solo lo es por un titulo vicioso de mera gracia. Arevalo trata *de damno vitando*, y Doña Juana por el contrario *de lucro captando* en perjuicio de tercero, siendo por consiguiente mucho mejor la causa de aquel, que la de ésta, como enseña un célebre texto (2) *ibi: damnum evitare certantis melior est causa, quam lucrum captantis.* Aquel persigue y defiende un derecho ya adquirido, y Doña Juana un derecho por adquirir, y segun el Eminentisimo Luca (3): *jus quæsitum non est de facile tollendum, sicut jus quærendum*: de forma que por todas estas razones es sin comparacion el derecho de Arevalo mucho mas robusto, mas eficaz, y mas atendible; y asi, aun quando nos hallasemos en el juicio plenario posesorio, deberia decretarse á su favor la posesion en fuerza de lo que dispone la ley de Partida (4) á saber: que se le dé al que pruebe que ha mejor derecho á los bienes, bien sea por Testamento, *ó por qualquier otra razon.*

No pudiendo tampoco Doña Juana ocurrir al titulo de heredera abintestato, porque declarada la nulidad é insubcistencia del Testamento, y la del instrumento revocatorio del poder para testar que antes habia otorgado Doña Tomasa instituyendo por su heredera á Doña Maria Ursula Idalgo para por ese medio remunerar los servicios de Arevalo, queda dicho poder é institucion en él contenida, en toda su fuerza y vigor, por consiguiente sin derecho los herederos abintestato para reclá-

(1) *A Curs. in leg. fin. digg. de rer. divit. L.* 16. *tit.* 28. *p.* 3. (2) *L. fin.* §. *sed si legatarius de jur. deliber.* (3) *Luca de præmin. lib.* 3. *p.* 2. *disc.* 49. *n.* 4. (4) *L.* 3. *tit.* 14. *p.* 6.

clamar la herencia (1). Fuera de que estando de por medio el pacto recíproco oneroso celebrado entre Doña Tomasa Esquivel, y Arevalo cuya validacion, firmeza, é irrevocabilidad se ha manifestado á todas luces en los quatro primeros puntos, no pueden los herederos abintestato de aquella, por razon de tales, pretender derecho de propiedad á unos bienes que ya estaban enagenados, y dexados á dicho Arevalo en premio y justa remuneracion de sus servicios.

Careciendo, pues, absolutamente de todo titulo Doña Juana Esquivel para demandar el Señorio de los expresados bienes, y habiendo aquel probado plenisimamente su derecho á ellos en propiedad, corresponde de rigorosa justicia se declare ésta á su favor, sin dar mayores largas al juicio, con la reserva que se le hace, pues ésta solo podria tener lugar quando el pleito rodase únicamente sobre la posesion, y no estuviese en estado de resolver igualmente en quanto á la propiedad, ó quando Arevalo hubiese demandado simplemente, no los bienes sino el pago de sus servicios personales, y no constase de su clase é importancia. Entonces sí que vendria muy bien aquella reserva; pero no, contrayendose, como se ha contrahido la demanda á dichos bienes en su totalidad por razon de habersełos ofrecido todos Doña Tomasa Esquivel, y hechole dueño de ellos, (á excepcion de los que reservó despues) en fuerza de un pacto recíproco y en justa compensacion de los servicios á que se sugetó, y obligó dicho Arevalo difiriendose solo la execucion de lo pactado para despues de los dias de aquella; de suerte, que los expresados servicios los dexó pagados la misma Doña Tomasa con sus propios bienes de que podia disponer libremente sin sugetar la remuneracion, ó compensacion á ningun otro arbitrio, ni judicial, ni extra judicial, por consiguiente se le haria á Arevalo un manifiesto agravio si de otro modo, ó con menos de lo que importan esos bienes, se le quisiese satisfacer la deuda, mayormente no habiendo habido ningun exceso en la compensacion, como tambien se ha fundado en el Capítulo penúltimo del 4. punto.

No debiendo obstar se diga que en los trece años continuos que sirvió Arevalo estuvo manteniendose con su familia de los bienes de Doña Tomasa, que gastó, y aprovechó mucho de ellos, porque lo primero de la mantencion, era consiguiente, estando como estaba, hecho cargo de su administracion y manejo; lo segundo: quanto se gastó fue en seguir los pleitos, y á beneficio de los mismos bienes; y lo tercero, lejos de sacar algun lucro, invirtió, y consumió el principal que tenia suyo propio, que no apeaba de seis mil pesos; en sobstener, y conservar las casas y haciendas de la viuda, y su salud y mocedad en los mas ímprobos trabajos á que se sugetó; siendo la mejor prueba de todo, el hallarse hoy reducido á tal indigencia que para poder subsistir se ha visto en la necesidad de pasar por el sonrojo de pedir y valerse del auxilio de personas que le miran con caridad, no quedandole otra esperanza, en constitucion tan lamentable, que la de recoger el fruto de sus sudores, y fatigas, mediante la revocacion, que espera, del auto suplicado, y pronunciamiento difinitivo, que exige el merito de la causa sobre la propiedad.

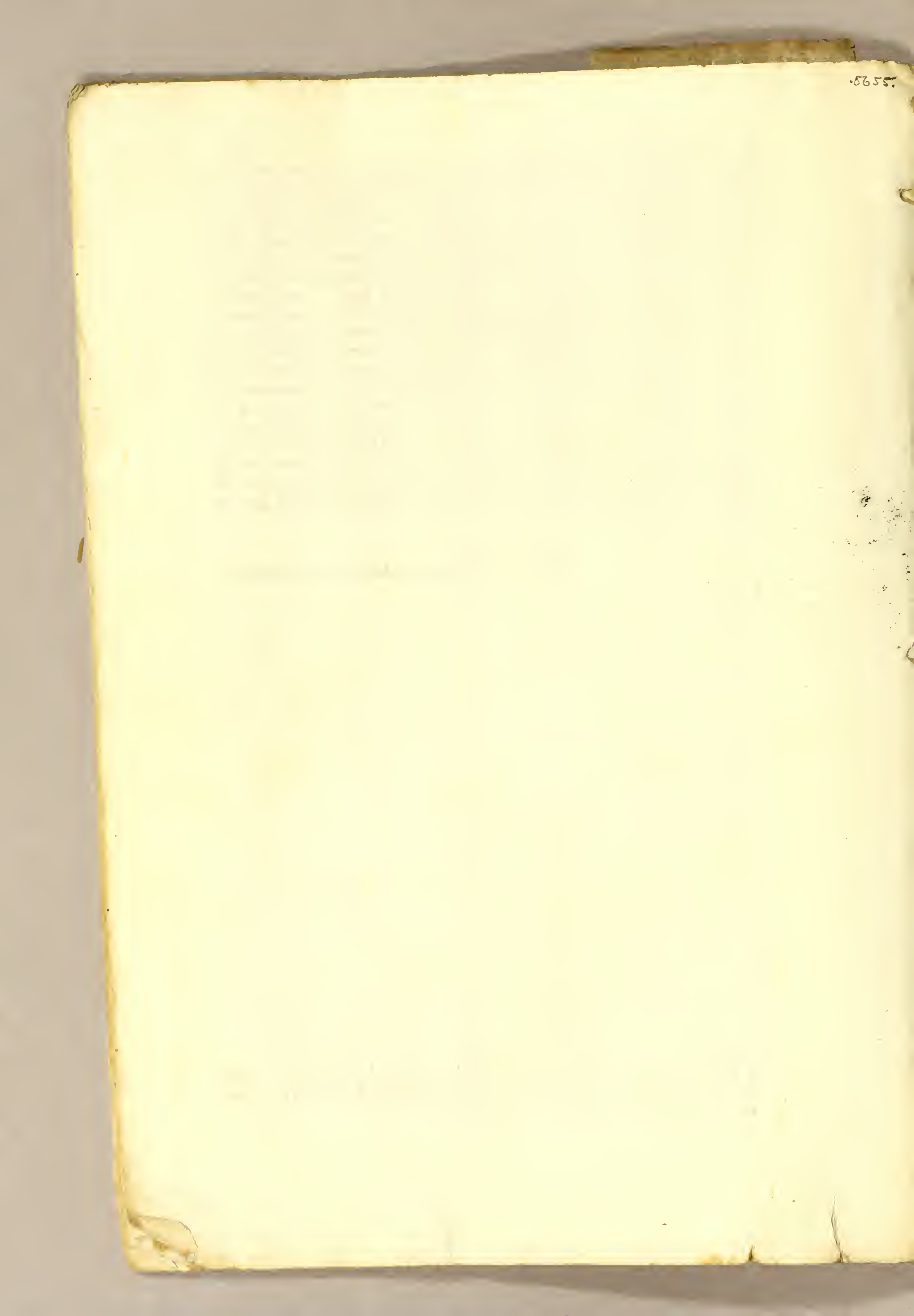
Sin que de lo primero pueda arguirse debilidad ó inconstancia, pues

(1) *L. 23. tit. 1. Part. 6. & ibi glos. lit. g.*

pues es propio de los Sabios mudar de consejo (1) y nunca mas bien se acredita la prudencia, y cordura que quando convencido el entendimiento se desiste del primer concepto, y depone qualquier error; como gravemente lo dixo Seneca (2). *Non est levitas á cognito & damnato errore discedere, non est turpe eum re mutare Consilium. Ingenuo fatendum est, aliud putabi deceptus sum. Hæc vero superbæ stultitiæ perseverantia est, quod semel dixi qualecumque est fixum ratumque sit.* Asi, no duda Arevalo de la integridad y justificacion de V. S., que en el actual estado de la causa (en que por razon de la discordia, y remision de ella á mayor número de Señores Ministros, ha quedado el negocio en el mismo que antes tenia, y como sino se hubiese votado) (3) se digne concurrir con su favorable sufragio (sin declinar de lo justo) á la expresada revocacion, y declaracion por sentencia difinitiva sobre la propiedad; para de ese modo poner término á un tan engorroso y costoso pleito: teniendo presente aquella tan admirable doctrina que dá el Espiritu Santo á los Tribunales de Justicia por voca del Sabio Rey Salomon (4). *Initium viæ bonæ facere justiam, accepta est autem apud Deum magis quam immolare hostias: misericordia & veritate redimitur iniquitas....Abominabiles Regi qui agunt impie quoniam justitia firmatur Solium.* Estudio=Abril 26. de 1795.

Licenciado Francisco Antonio de Elizalde.

(1) *Segur. 2. p. Direct. cap. 8. P. Marquez lib. 2. de Gubernat. cap.* 35.
(2) *Senec. lib. 4. de Benef. cap.*28. (3) *Solors. Polit. Ind. lib.* 5. *c.*8.*n.*52.
(4) *Salom. in Prov. cap.* 16. *vers.* 5. & 12.


.5655.

